LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO LABORAL

José Manuel Barranco Gámez

José Manuel Barranco Gámez

Abogado

Licenciado en Derecho

Licenciado en Criminología

Detective Privado

Máster en Prevención de Riesgos Laborales

Técnico Superior en PRL de las tres Especialidades

IUSTITIA EST CONSTANS ET PERPETUA VOLUNTAS IUS SUUM CUIQUE TRIBUENDI

Ulpiano

INDICE

LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO LABORAL

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO AL TRABAJO

II. ESQUEMA DE LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO LABORAL

III. LA JERARQUIA NORMATIVA

IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO LABORAL

V. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
3. EL DERECHO COMUNITARIO

VI. LAS LEYES

VII. NORMAS CON RANGO DE LEY

VIII. LOS REGLAMENTOS

IX. EL CONVENIO COLECTIVO

1. **CONCEPTO**
2. **NATURALEZA**
3. **TIPOLOGÍA**
4. **EFICACIA NORMATIVA Y PERSONAL**
5. **LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA**

X. LA COSTUMBRE LABORAL

XI. LOS USOS DE EMPRESA

XII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

XIII. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

XIV. LA JURISPRUDENCIA LABORAL

XV. LA LIBERTAD DE LAS PARTES. EL CONTRATO DE TRABAJO

1. **LA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO**
2. **LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS**
3. **SUPUESTOS EXCLUIDOS**
4. **DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES**

5. **BUENA FE CONTRACTUAL**

XVI. **LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD Y LA VIS EXTENSIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO**

1. **INTRODUCCIÓN**
2. **CONTENIDO CLÁSICO DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD**
3. **LA VIS EXTENSIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO**
4. **LA PRESUNCIÓN DE TRABAJO RETRIBUIDO**
5. **LA VOLUNTAD ACORDE DE LOS CONTRATANTES COMO EXCEPCIÓN A LA VIS EXTENSIVA. LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA A FAVOR DEL TRABAJO AUTÓNOMO**

XVII. **LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL**

XVIII. **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

1. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 1934**
2. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MARZO DE 1934**
3. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JUNIO DE 1947**
4. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 1978**

5. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MARZO DE 1978**
6. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 1978**
7. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 1986**
8. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1986**
9. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 1987**
10. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 1991**
11. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MARZO DE 1992**
12. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 1992**
13. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 1992**
14. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 1993**
15. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 1998**
16. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2000**
17. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2004**

18. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ENERO DE 2005**
19. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ABRIL DE 2007**
20. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 2007**
21. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2009**
22. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE JUNIO DE 2013**
23. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 2017**
24. **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2017**

XIX. BIBLIOGRAFIA

RESUMEN

En materia de las fuentes del derecho, el laboral, tiene algunas singularidades que lo hacen distinto al resto de las ramas jurídicas, como es el caso de los convenios colectivos. Las fuentes del derecho del trabajo se pueden entender en un doble sentido:

Como fuentes materiales o de producción del Derecho, también llamadas fuentes en sentido propio: son los modos de producción de las normas jurídicas (autor de las normas), quién elabora las normas. Es decir, aquellos poderes, fuerzas o grupos sociales que tienen potestad para crear Derecho. En el Derecho del Trabajo tenemos también a los empresarios y sus organizaciones profesionales y las organizaciones profesionales de los trabajadores.

Como fuentes formales, que son los medios o cauces de expresión de las normas jurídicas, las formas a través de las cuales las normas jurídicas se manifiestan al exterior. También se llama fuente traslativa.

La peculiaridad del Derecho del Trabajo estriba, en primer lugar en la existencia de una fuente propia, los convenios colectivos

Éstos no tienen fuente equivalente en otras ramas del ordenamiento jurídico. En segundo lugar hay que añadir a la gran variedad habitual de fuentes la normal imperatividad mínima de las mismas, lo que plantea problemas y soluciones particulares, sobre todo en orden a su aplicación.

La STC 72/2015, de 14 abril, pone de relieve que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la

regla del prospective overruling, rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

PALABRAS CLAVES

Fuentes de la relación laboral, Estatuto de los Trabajadores, fuentes materiales, fuentes formales, convenios colectivos, conflictos de normas, principio de jerarquía, labor jurisprudencial.

LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO LABORAL

I. INTRODUCCIÓN. EL DERECHO AL TRABAJO

La rama del derecho que se encarga de regular las relaciones que se establecen a raíz del trabajo humano se conoce como derecho laboral. Se trata del conjunto de reglas jurídicas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones de las partes que intervienen en una relación de trabajo.

El derecho laboral entiende al trabajo como aquella actividad que un individuo desarrolla con el objetivo de transformar el mundo exterior, y mediante la cual obtiene los medios materiales o bienes económicos para su subsistencia.

Los elementos determinantes para incluir o no las relaciones laborales dentro del Derecho del trabajo son:

-Voluntariedad: la persona ha de prestar una voluntad libre.

- Retribución: recibir una cantidad de dinero a cambio de los servicios.

- Ajeneidad: por cuenta ajena.

- Dependencia: subordinación del empresario.

Por otro lado, el derecho al trabajo hace referencia a la posibilidad de participar libremente en las actividades de producción y de prestación de servicios a la sociedad

y al disfrute de los beneficios obtenidos mediante estas actividades. Estos beneficios deben garantizar un nivel de vida adecuado. Refleja, entre otras cosas, el derecho a participar en la creación en la producción y riqueza social, como manifestación cualificada de la ciudadanía activa. El derecho al trabajo ha sido considerado tradicionalmente como el derecho social paradigmático entre todos los derechos sociales, o el derecho social por antonomasia. Esta posición privilegiada o central se explica tanto por razones históricas, culturales y normativas. En cuanto a las primeras, las históricas, consisten en que es la primera y principal bandera del constitucionalismo social, existiendo normativamente incluso antes de la constitucionalización del Estado Social de Derecho, cuyo nacimiento no se comprende sin aquella reivindicación. Las razones culturales estriban en que en una "sociedad del trabajo" que asume como valor central este fenómeno el primer derecho a garantizar no puede ser sino el derecho al trabajo, en gran medida vinculado al derecho a la vida. Y en lo que se refiere a las razones normativas, hay que tener en cuenta que salvo por la importante excepción de Alemania, todas las Constituciones europeas occidentales de mayor relieve para el Constitucionalismo Social de Post-guerra, han recogido este derecho en el frontispicio ideológico-político y normativo de sus textos; al margen de ser un derecho generalizado en los textos del Derecho Social Humanitario Internacional.

En este sentido, el reconocimiento en el ámbito internacional del derecho al trabajo es amplio. La internacionalización del reconocimiento de este derecho comienza a mediados del siglo XX, localizando las piezas normativas más relevantes en el marco de las Organizaciones Internacionales, tanto de ámbito general o universal como regional: OIT, ONU, Consejo de Europa. En el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) y la Declaración de Filadelfia (1944) aparece como un objetivo primordial de los Estados firmantes el pleno empleo. Concretamente, entre los objetivos que se fijan en la Declaración de Filadelfia de la OIT, se reafirma como principio fundamental que el trabajo no es una mercancía y declara que todos los seres humanos, sin distinción alguna, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo social en

condiciones de libertad u dignidad, fines que se pueden lograr a través de programas que permitan el pleno empleo y la elevación del nivel de vida. Destaca también el Convenio de la OIT sobre la política del empleo, 1964 (número 122), y la Recomendación número 122 que lo complementa, que confirman el objetivo de articular "una política activa destinada a fomentar el pleno empleo productivo y libremente elegido", orientada a "garantizar: a) que habrá trabajo para todas las personas disponibles que busquen trabajo; b) que dicho trabajo será tan productivo como sea posible; c) que habrá libertad para escoger empleo" (art. 1). Es de destacar la técnica jurídica utilizada en este ámbito para reconocer el "derecho al trabajo", en la medida en que no se explicita como tal sino que se formula de forma objetiva, estableciendo una tarea o fin propio de los Estados. Esta opción ha sido relativizada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en cuanto que las medidas que es preciso adoptar para lograr la plena efectividad de este derecho, enunciadas en el art. 6. 2 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, serían fundamentalmente medidas de política de empleo como las previstas en tal Convenio. En realidad, esta forma de positivización supone enfatizar el compromiso de intervención estatal frente a la dimensión subjetiva, lo que puede parecer por un lado más decepcionante pero por otro lado más sincero, en la medida en que los países que lo reconocen como tal no pasa, por lo general, de configurarse como un mandato de protección o como un principio orientador.

Desde esta misma perspectiva, en el ámbito del Derecho Humanitario Universal, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948) dispone en su art. 23 que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo". Asimismo, el derecho al trabajo es el primero de los derechos reconocidos de forma específica en el Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que, en su art. 6 establece que el derecho a trabajar comprende: "el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado", considerando como medios adecuados para conseguir su

efectividad plena los que se desarrollan en el ámbito de la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas dirigidas a obtener un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana (art. 6). Junto al Pacto por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales --arts. 6, 7, 8 y 10 (3)-- y la Observación General número 18 del Comité por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que desarrolla los mencionados artículos, destacan también los objetivos de la Declaración de Naciones Unidas sobre progreso y desarrollo en lo social, de 11 de diciembre de 1969, también se dirigían hacia la garantía del derecho al trabajo, el fomento del pleno empleo productivo y la eliminación del desempleo y el subempleo.

En el ámbito regional europeo es necesario mencionar tanto la Carta Social Europea en su versión originaria de 1961 --Parte I, arts. 1-10, 18 y 19-- como la versión revisada de 1996. En la Parte I, apartado 1, reconoce como objetivo de la política de las Partes Contratantes el establecimiento de cuantas condiciones puedan hacer efectivos el derecho de toda persona a tener "la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido"; y especialmente, el art. 1 de la Parte II recoge el derecho al trabajo, estableciendo que para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, las Partes se comprometen a reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

Puede establecerse una importante convergencia de enfoques entre el Pacto Internacional y la Carta Social, si bien esta última presenta un mayor grado de concreción. En ambos casos, sin embargo, se presentan análogos problemas de

vinculación jurídica o exigibilidad, ante la falta de efectivas garantías para exigir el cumplimiento de estos compromisos internacionales, de ahí que frecuentemente termine reconociéndose que los derechos sociales fundamentales en los textos internacionales en general, y en particular en la Carta Social Europea, "no son concebidos como derechos que aseguran al individuo una exigencia garantizada jurídico-constitucionalmente, sino más bien obligaciones, de las que se hacen responsables los legisladores de cada Estado, a apoyar intereses socio-públicos de sus respectivas sociedades, o bien... a una tarea de desarrollo social (Sozialgestaltungsauftrag) por parte del legislador".

En el marco de la Unión Europea, el art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) (2007/C 303/01), en su versión consolidada de 2007, consagra tan sólo el "derecho a trabajar" dentro del Capítulo de las "Libertades". Aunque se elude deliberadamente la expresión "derecho al trabajo", no se puede ignorar que ello supone reconocer, en conjunción con otras disposiciones, el lugar del trabajo en la UE. Incluso en ese reconocimiento debilitado, como "derecho a trabajar", se enfatiza que el trabajo es un factor de integración y de participación activa en la sociedad: un derecho a la formación del producto social y a la realización de la personal vocación. No se trata de reconocer cualquier tipo de "trabajo" sino a un trabajo digno del hombre, a saber: un derecho a trabajar en condiciones de que respeten la salud, la seguridad y la dignidad del trabajador, con la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes (art. 31 CDFUE, dentro del Cap. IV, relativo a la "Solidaridad"). De manera que se integran los valores de la dignidad y de la solidaridad, acompañándose de la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 5 CDFUE, en el marco del Cap. I sobre la "Dignidad"). Pero, aunque "se prohíbe la trata de seres humanos", poco se contiene respecto de otra forma de esclavitud contemporánea: el tráfico de las personas inmigrantes y su trato, especialmente de los irregulares o ilegales, cuyos derechos no son adecuadamente salvaguardados. La efectividad de ese "derecho a trabajar" en condiciones dignas exige, entre otras cosas, la realización de una política orientada al pleno empleo, que en el sistema interno de la Carta --como en el Sistema interno de los Tratados originarios de la UE-- es sustituida por la expresión

menos ambiciosa, e incluso ambigua, de "alto nivel de empleo". Esta formulación del "debilitado" fomento del empleo no es capaz de sustituir funcionalmente a la política de pleno de empleo, pues ésta supone un compromiso de acción pública y, por tanto, una corrección de los mecanismos espontáneos del mercado. Esta formulación de la Unión parece estar funcionarizada a la introducción de mecanismos flexibilizadores del mercado de trabajo europeo, siendo la constitución flexible del trabajo el nuevo paradigma de las políticas de empleo europeas, que implican una subordinación del empleo --como también del trabajo-- a las necesidades de la racionalidad económica y sus "imperativos" de competitividad. La constitución flexible del trabajo supone una reducción de las protecciones públicas, laborales y de protección social. Requiere también de la organización de los servicios de colocación gratuitos, conforme el art. 28 CDFUE. Esa protección debe hacerse en el momento genético de vinculación con el mercado de trabajo pero también debe extenderse en el momento dinámico, durante el desenvolvimiento de la relación de trabajo ya constituida. Debe destacarse al respecto la "protección en caso de despido injustificado" establecida en el art. 30 CDFUE, algo muy importante teniendo en cuenta las políticas de máxima flexibilidad que se imponen y en la línea del art. 4 del Convenio de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, (número 158). Asimismo, y en el contexto de la Unión Europea como un ejemplo de mercado interior europeo, el "derecho a trabajar" (art. 15 CDFUE) requiere para tener virtualidad práctica que también se garantice la libertad económico-profesional básica de libertad de circulación y de residencia (art. 45 CDFUE).

No obstante, y a pesar del marco garantista que implica el art. 15 CDFUE, debe precisarse que esto no supone el reconocimiento de un derecho social fundamental a un trabajo concreto, específico, sino tan sólo un derecho social fundamental de acceso efectivo a posibilidades de empleo profesional. Se debe garantizar una oportunidad de trabajo, porque si una persona está en condiciones de trabajar, el no tener la posibilidad de acceder a una oportunidad de empleo afecta en su derecho al libre desarrollo de su personalidad plena. Además, esa falta de posibilidad incide, igualmente, en el derecho a la existencia digna cuando, aparte de esa falta de predisposición de medios, no se

garantiza el derecho a un mínimo vital de la persona privada de empleo (que es un derecho social fundamental mínimo). Sin embargo, es conveniente insistir en que el art. 15 CDFUE no ha reconocido un "derecho al trabajo" sino el diferenciado "derecho a trabajar", lo que es criticable y parece querer indicar cierta autolimitación del intervencionismo público en un contexto competencial en el que todavía la Unión Europea encomienda la política del trabajo a la competencia de los Estados miembros. En general, el derecho social al trabajo ha sido presentado como el paradigma de las "normas programáticas", degradando el derecho reconocido a simples "legítimas expectativas de los ciudadanos" a que el Estado ponga en su actualización el mayor empeño y el mayor número de medios posibles, pero sin que haya posibilidad de conceder una acción procesal para su exigibilidad directa e inmediata por el ciudadano.

También son de aplicación en el ámbito regional el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (arts. 6, 7, 8, 17 (b) y 18 (a)) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos (art. 15). Igualmente, es necesario señalar en la Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998) el art. 5, sobre eliminación del trabajo forzoso, recoge expresamente en su apartado primero que "toda persona tiene derecho al trabajo libre y a ejercer cualquier oficio o profesión conforme a las disposiciones nacionales vigentes", comprometiéndose las Partes "a eliminar toda forma de trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente" (art. 5. 2).

Por lo que se refiere al Derecho Constitucional Comparado, no puede negarse que es un dato de experiencia generalizada o común su reconocimiento creciente en los textos constitucionales, si bien expresamente no todas las Constituciones lo reconocen, siendo cuantitativamente más los países de la OIT que no reconocen expresamente tal derecho, si bien la situación se invierte en el ámbito europeo. Pese a todo, y como

ocurre en Alemania o Bélgica por ejemplo, la ausencia de reconocimiento constitucional no significa que no esté positivizado. Las diferencias de técnica normativa en el reconocimiento son más que evidentes. En este sentido, mientras que en los países de economía planificada propugnaban el reconocimiento del derecho a trabajar y la garantía del mismo, como objetivo esencial de una política estatal coordinada, si bien con fórmulas parcialmente diferentes, los países desarrollados y en vías de desarrollo de economía de mercado o bien rechazaban el concepto o bien lo limitaban a objetivo a alcanzar en un proceso progresivo, constatándose al mismo tiempo ejemplos que tratan de alcanzar un compromiso proponiendo fórmulas alternativas o de "tercera vía", que resaltan la existencia del derecho pero la variabilidad de su contenido y su realización por aproximaciones graduales y progresivas.

Por otro lado, el derecho a la igualdad y a la no discriminación es un elemento esencial del derecho al trabajo y ha sido incorporado en varios instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como los Pactos de 1966 contienen disposiciones que afirman la igualdad y prohíben la discriminación por una serie de motivos particulares. Los motivos enumerados en dichos instrumentos incluyen la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición. No se trata de una lista exhaustiva y se ha considerado la posibilidad de incluir otra serie de motivos, por ejemplo la orientación sexual. Los requisitos del Convenio número 111 de la OIT 43 deducen también del contexto general del derecho al trabajo reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 1 del artículo 6). Igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión consolidada de 2007, recoge el principio de no discriminación (art. 21) y la igualdad entre hombres y mujeres (art. 23), que conecta con el derecho a trabajar en condiciones dignas, seguras y no discriminatorias ya que el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 8 y 10, introduce el principio de transversalidad de las políticas de la Unión, lo que implica el compromiso jurídico-político que el Sistema de los Tratados

impone a las instancias políticas de la Unión en defensa de la eficacia del principio de igualdad.

Sin duda, el mundo del trabajo está mutando de forma intensa debido a una creciente y dominante globalización, la difusión de nuevas tecnologías, los flujos de ideas, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y de sus procesos y del diálogo, así como de la circulación de personas, especialmente de trabajadoras y trabajadores. La OIT es consciente de ello y de las consecuencias positivas y negativas que esto acarrea, por lo que entiende que la Declaración de Filadelfia es plenamente actual y reivindica que el trabajo no es una mercancía y que la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; debiendo por tanto la OIT fomentar entre las naciones del mundo programas que permitan lograr los objetivos del pleno empleo y la elevación del nivel de vida, un salario mínimo vital y la extensión de las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten, junto con todos los demás objetivos establecidos en la Declaración de Filadelfia; y asumiendo la responsabilidad de examinar y considerar todas las políticas económicas y financieras internacionales, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de la justicia social. Estos compromisos se encuentran recogidos en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa el 10 de junio de 2008, en la cual se reafirma la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), en virtud de la cual los Miembros reconocen, en el cumplimiento del mandato de la Organización, la importancia y el significado especiales de los derechos fundamentales, es decir: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Por tanto, destacan claramente como elementos esencial del derecho al trabajo: a) su relación con el pleno empleo; b) la libertad de elegir el trabajo (en contraposición al trabajo forzoso); c) que este trabajo aporte los recursos económicos necesario para vivir; d) que haya un servicio público de empleo (curiosamente en muchos Estados se tiende precisamente a la privatización de la gestión de la oferta y demanda de empleo); e) y una formación profesional adecuada y constante. Sin embargo, estos elementos de la configuración internacional del derecho al trabajo deben contrastarse con la realidad de que el trabajo se ha convertido en trabajo complejo y plural, en el que no obstante confluyen mecanismos de seguridad, de ciudadanía y de solidaridad públicamente organizada; ha de ser un factor de reconstrucción de nuestro proceso de convivencia democrática. Si bien el trabajo asalariado no desaparecerá, pero será necesario relativizar la centralidad del empleo asalariado como elemento único de conformación de la identidad, del reconocimiento social y de la ciudadanía positiva, de manera que se apueste por un trabajo diverso y socialmente útil, como aportación a la colectividad, como derecho de ciudadanía y como obligación de la comunidad política. En tal sentido, el trabajo mercantil estricto es tan sólo una de las posibilidades sociales de trabajo y además ése es el tipo de trabajo con posibilidades de crecimiento más limitadas por la razón de que es también el sector más dependiente de los procesos de modernización y de innovación tecnológica. Será posible reconstruir el trabajo a través de la puesta en práctica de una política paralela de redefinición del Estado del Bienestar como agente activo, como defensor del trabajo, como factor relacional, de generación de riqueza social y de remedio de necesidades por encima del propio empleo mercantil. Todo ello conduce al "trabajo más allá del empleo".

Sin duda, las nuevas formas de trabajo flexible, la expansión y consolidación de la precariedad laboral y fragmentación del mercado de trabajo, reflejan el cambio de la constitución social del trabajo en un contexto flexible y liberalizante. Se transita del empleo estable conformador de una ciudadanía laboral y social construida sobre la base del trabajo subordinado al trabajo flexible y precario, operándose un progresivo debilitamiento de la ciudadanía laboral. Las dificultades de implantar una

política de pleno empleo y la potenciación del fomento del "empleo flexible" están determinando que el trabajo --como empleo-- deje de ser un elemento principal de integración del trabajador ciudadano en la sociedad democrática para pasar a ser un factor de precariedad y exclusión social. Se asiste a un "vaciamiento" de las categorías constitucionales de referencia del modelo clásico del Derecho del Trabajo. El Estado aparece como un agente proactivo de la competitividad de la economía en su correspondiente espacio económico, subordinando los sistemas extraeconómicos y del mundo de la vida a las exigencias de la competitividad en la etapa histórica actual. En el Estado de competencia económica, y su nuevo Derecho de la Economía, se desposee al derecho al trabajo de su contenido "social" para erradicar todo intento de desmercantilización de derechos que esto conllevaría, para someter el derecho al trabajo a la primacía de la razón económica

II. ESQUEMA DE LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO LABORAL

En materia de las fuentes del derecho, el laboral, tiene algunas singularidades que lo hacen distinto al resto de las ramas jurídicas.

Las fuentes del derecho del trabajo se pueden entender en un doble sentido:

Como fuentes materiales o de producción del Derecho, también llamadas fuentes en sentido propio: son los modos de producción de las normas jurídicas (autor de las normas), quién elabora las normas. Es decir, aquellos poderes, fuerzas o grupos sociales que tienen potestad para crear Derecho. En el Derecho del Trabajo tenemos también a los empresarios y sus organizaciones profesionales y las organizaciones profesionales de los trabajadores.

Como fuentes formales, que son los medios o cauces de expresión de las normas jurídicas, las formas a través de las cuales las normas jurídicas se manifiestan al exterior. También se llama fuente traslativa.

La peculiaridad del Derecho del Trabajo estriba, en primer lugar en la existencia de una fuente propia, los convenios colectivos

Éstos no tienen fuente equivalente en otras ramas del ordenamiento jurídico. En segundo lugar hay que añadir a la gran variedad habitual de fuentes la normal imperatividad mínima de las mismas, lo que plantea problemas y soluciones particulares, sobre todo en orden a su aplicación.

El artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores hace una enumeración, aunque incompleta, de las fuentes que regulan la relación laboral.

Artículo 3. Fuentes de la relación laboral.

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.

2. Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer

condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.

3. Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables.

4. Los usos y costumbres solo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.

Las fuentes del derecho laboral son:

1. La Constitución Española

- Contenido laboral

2. Las normas internacionales y supranacionales

- Pactos internacionales
- Organización Internacional del trabajo
- Las Comunidades europeas
- Los reglamentos
- Las directivas
- Las decisiones
- Las recomendaciones y los dictámenes

3. Las leyes nacionales

4. Los reglamentos

5. El poder normativo de las Comunidades Autónomas

6. Los convenios colectivos

7. Acuerdos conciliatorios y laudos arbitrales

8. La costumbre Laboral.

9. La jurisprudencia.

Por otro lado en el artículo 1 del Código Civil se recoge:

Artículo 1.

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de

aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

III. LA JERARQUIA NORMATIVA

El artículo 1 del Código Civil declara que las fuentes del Derecho son la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, aclarando su apartado tercero que la costumbre solo regirá en defecto de Ley aplicable, y el apartado cuarto que los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

En igual sentido, respecto a la jurisprudencia, el referido artículo 1.4 del Código Civil declara que "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho".

Sin embargo, la mención especial a este principio se realiza en el número 2 del artículo 1 del Código Civil que declara, significativamente, que "carecen de validez las

disposiciones que contradigan otras de rango superior". Por su parte, y como complemento del anterior artículo el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 ordena que "los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contraria a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa".

El principio de jerarquía normativa se completa y complementa, por un lado, con el principio de temporalidad pues la Ley posterior deroga a la anterior y por otro lado con el principio de especialidad, en cuanto la Ley especial prevalece sobre la Ley general.

El principio de jerarquía normativa se consagra constitucionalmente, al igual que el de legalidad, en el artículo 9.3 de la Constitución Española. En efecto, el propio principio de legalidad postula una jerarquización de las normas jurídicas y así lo declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1983, de 14 de junio: "El pronunciamiento que es preciso emitir ahora no debe diferir del que recayó en las anteriores sentencias, pues no existe motivo para considerar que la disposición transitoria segunda b), del Real Decreto-Ley 11/1979 adolezca de inconstitucionalidad formal, que pudiera haber derivado de la violación del principio de legalidad- en el que debe entenderse incluido el de jerarquía normativa- en materia tributaria, formulado en los artículos 31.3 y 133.1 y 3 de la Constitución Española, o de haberse excedido la disposición cuestionada de los límites fijados al Decreto-Ley por el artículo 86.1; ni cabe considerar en este momento, como tampoco se hizo anteriormente, que la disposición transitoria segunda b), del Real Decreto Ley 11/1979 esté viciada de inconstitucionalidad material a causa de la pretendida vulneración de alguno de los principios de carácter material formulados en el artículo 9.3 de la Constitución Española".

Asimismo, el principio de jerarquía normativa no es susceptible de recurso de amparo tal y como declara, entre otros, el Auto del Tribunal Constitucional 292/1983, de 15 de junio: "La alegada violación del artículo 24.1 se habría producido, en efecto, por haber infringido la Magistratura de Trabajo el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución Española), al haber aplicado la norma que establece la incompatibilidad entre la pensión de viudedad y las rentas de trabajo, recogida en el Real Decreto 3218/1981 y de inferior rango; por tanto, que la Ley de la Seguridad Social, cuyo artículo 166.1 declara expresamente la compatibilidad de la pensión de viudedad con cualesquiera rentas de trabajo. Sin entrar en el análisis de la contradicción que la recurrente dice existir entre la Ley y el Reglamento citados (que no establece incompatibilidad con las rentas de trabajo de las pensiones de viudedad, sino sólo de los complementos necesarios para alcanzar las cuantías mínimas), el análisis de su alegato evidencia que la vulneración constitucional que reprocha al Magistrado de Trabajo es sólo la del principio de jerarquía normativa (9.3) que no es, ciertamente, un derecho susceptible de ser remediado en esta vía".

En definitiva, el principio de jerarquía normativa exige analizar las distintas fuentes del Derecho. La Constitución es la primera de las fuentes del Derecho y después se situarían las Leyes Orgánicas y las ordinarias [reguladas en el artículo 81 de la Constitución Española y artículo 90 CE, respectivamente; téngase en cuenta que el TC señala que el principio de jerarquía no es el adecuado para determinar las relaciones entre las leyes orgánicas y las ordinarias sino que unas y otras no se sitúan en planos jerárquicos distintos y que esas relaciones vienen dadas por las materias que se reservan a las primeras en virtud del art. 81 de la Constitución (STC 213/1996, de 19 de diciembre), Decretos Leyes, regulados en el artículo 86 CE, Decretos legislativos dictados en desarrollo de las leyes de bases (artículos 82 a 85 CE) y Reglamentos de Gobierno (artículo 97 CE).

El principio de jerarquía normativa y su relación con la constitución y los tratados internacionales

La Constitución, a diferencia de otros tiempos pasados, no es ya sólo una norma programática, sino que se convierte en la principal fuente del ordenamiento jurídico, siendo de directa aplicación sus normas jurídicas. Como consecuencia necesaria de lo anterior la Ley debe de respetar la Constitución sino quiere ser declarada inconstitucional. De esta forma la Constitución se convierte en norma reguladora de las demás fuentes del Derecho pues como determina el artículo 9.1 CE "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Sin olvidar que la Disposición Derogatoria 3ª declara que "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución".

Por su parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 5.1 declara que "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Por último, los Tratados internacionales son fuente directa pues como declara el artículo 96 de la Constitución española formarán parte del ordenamiento jurídico interno "una vez publicados oficialmente en España".

El Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 21 de febrero de 1970, respecto al valor de los tratados y su posición en relación a las Leyes, que "los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese tratado, protocolo, o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las

fuentes del derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado". Posteriormente, en igual sentido que la anterior y con expresa referencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1996 declaró que "la primacía de las normas de Derecho Internacional Convencional -llámese Tratado, Convenio o de otro modo-, como puso de relieve la Sentencia de 27 de febrero de 1970, es clara en el caso de conflicto o contradicción con las fuentes de Derecho Interno que pudieran diferir de lo estipulado en el Tratado o Convenio".

En definitiva, en primer lugar de la escala jerárquica de las normas de nuestro ordenamiento jurídico se encontraría la Constitución, luego los Tratados publicados, las Leyes Orgánicas, las Leyes Ordinarias, los Decretos-Leyes, los Decretos Legislativos, los Reglamentos aprobados por el Gobierno y expedidos por Real Decreto y los reglamentos aprobados por Orden ministerial. Como complemento de las normas anteriores nos encontraríamos con la costumbre, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia.

Todo ello sin perjuicio de señalar la primacía del Derecho comunitario que exige adaptar el Derecho nacional al Derecho comunitario.

Particularizando la anterior clasificación en el contexto del Derecho Administrativo, se señalan como fuentes directas: el reglamento, la costumbre y los principios generales del derecho, en tanto que se señalan como fuentes indirectas: la jurisprudencia y la doctrina.

Otra parte de la doctrina contrapone las primarias -se aplican siempre que concurren los supuestos de hecho por ellas contemplados- que son: la Constitución, la Ley, las Disposiciones Normativas con valor de Ley y el Reglamento; de las

subsidiarias -que se aplican en defecto de fuentes primarias- que son: la costumbre y los principios generales del derecho.

Las peculiaridades que presenta el ordenamiento jurídico Laboral-Administrativo, en su vertiente normativa, son las siguientes:

1. Posee una estructura jerarquizada Dentro de las fuentes escritas destaca la extraordinaria peculiaridad del Reglamento. La Administración Pública no está simplemente infraordenada a las normas jurídicas, sino que ella misma tiene potestad de crearlas. La norma creada directamente por la Administración es el Reglamento. Un problema capital del Ordenamiento jurídico Administrativo es el de la coexistencia y articulación de la Ley con esta norma de formulación administrativa.

Esa coexistencia se ordena alrededor del principio de jerarquía: la Ley vale más que el Reglamento y éste está subordinado a aquella. Pero, a la vez, no existe un tipo único de Reglamento sino una pluralidad que se organiza también mediante una disposición jerárquica interna.

Dispone el artículo 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior y que las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes.

Así, las disposiciones administrativas de carácter general se ajustan a la siguiente jerarquía normativa: 1º Decretos; 2º Ordenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; 3º Órdenes Ministeriales; 4º Disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía y, que, las disposiciones administrativas que lo infrinjan serán nulas de pleno derecho.

Como principio general, las fuentes escritas tienen preferencia sobre las fuentes no escritas, y a mayor jerarquía del órgano que dicta la norma administrativa, corresponde mayor valor formal de la norma dictada.

El orden de jerarquía en el Estado es: 1º Decretos; 2º Órdenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno; 3º Órdenes Ministeriales; 4º Disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.

En las Comunidades Autónomas, sus leyes de organización utilizan la misma denominación y orden jerárquico que el Estado, si bien que referido a las Consejerías y Órganos Colegiados de Gobierno. En algunas de estas Leyes se atribuye la potestad reglamentaria expresa al Presidente.

En las Entidades Locales, se distingue conforme a la Ley de Bases de Régimen Local: 1º Reglamento Orgánico; 2º Ordenanzas, que serán todas aquellas disposiciones distintas al Reglamento Orgánico.

En todos los ámbitos señalados, debemos referirnos también a la existencia de las llamadas instrucciones y circulares internas, que consisten en órdenes de servicio que los órganos superiores de cada Administración puedan dictar en virtud de su situación y posición de jerarquía.

2. Diferenciación entre los ordenamientos estatal y autonómico Rige el principio general de separación o principio de competencia. La jerarquía así diferenciada es predicable dentro de cada ordenamiento pero se plantea el problema por la existencia de una pluralidad de ordenamientos.

Los principios esenciales que rigen las relaciones entre los diferentes ordenamientos son:

- El principio de competencia.

- El principio de preclusión, que determina que una materia puede ser regulada por más de un ordenamiento, pero la regulación por uno de ellos excluye la posibilidad de que se regule por otro, que por lo general sólo podía hacerlo en tanto el primer ordenamiento no lo hiciera.

- El principio de supletoriedad, que determina que en caso de que un ordenamiento no tenga norma aplicable a un determinado supuesto se aplicará otro ordenamiento, normalmente el estatal, dejando así a salvo la finalidad de plenitud reguladora que tiene el derecho.

- Para los casos de que no se respeten tales principios -competencia y preclusión- y surja el conflicto, cabe establecer también el principio de prevalencia, por el que en tanto se resuelve el conflicto debe aplicarse un ordenamiento concreto y no el otro. Esta es la modalidad de prevalencia que acoge el artículo 149.3 de la Constitución Española. La aplicación del principio de prevalencia presupone, como se ha dicho, un conflicto derivado de que dos normas igualmente válidas correspondientes a dos

ordenamientos diferentes que vienen a regular un mismo supuesto de hecho, basándose en títulos competenciales distintos, determinando cada norma una solución diversa. La prevalencia de un ordenamiento implica la aplicación preferente de la norma de uno de los ordenamientos en conflicto (el Estatal), pero deja intacto el conflicto que debe ser solventado por el Tribunal competente (el Tribunal Constitucional normalmente).

- Finalmente, cabe establecer el principio de desplazamiento que implica la primacía de un ordenamiento sobre otro que impone la aplicación preferente de uno de ellos y la inaplicación del otro. La primacía de uno de los ordenamientos es general y no sólo en caso de conflicto. Esta solución no impone la nulidad de la norma que se integra en el ordenamiento desplazado, que por tanto podrá ser aplicada en el caso de que la norma que motivó su desplazamiento fuera derogada. Conforme a este principio se ordenan las relaciones entre el ordenamiento de las Comunidades Europeas y los de los Estados miembros.

Sólo en un supuesto cabría hablar de una superioridad jerárquica de la ley estatal sobre la autonómica y es la contenida en el artículo 150.3 de la Constitución Española que faculta al Estado para dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas cuando así lo exija el interés general.

IV. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO FUENTE DEL ORDENAMIENTO LABORAL

La Constitución española (CE en adelante) se inserta en una tradición de textos constituyentes que comparten la noción de Estado Social (art. 1.1 CE). Por consiguiente

sitúa al trabajo en el centro de la sociedad como valor político y como medio para obtener la cohesión social en una perspectiva dinámica de eliminación de las desigualdades. La Constitución establece en su art. 35 que "todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio", relacionando entre sí tres conceptos, el derecho al trabajo, el deber de trabajar y la libertad profesional, si bien ese conjunto gira en torno a la noción central del derecho al trabajo. Por su parte el art. 40 CE, ya en el capítulo de los principios rectores en materia de política social y económica establece que, en el marco de la promoción de las "condiciones favorables para el progreso social y económico", los poderes públicos realizarán, "de manera especial" una política de pleno empleo. De esta manera el derecho al trabajo aparece claramente inmerso en la categoría de los derechos sociales en el sentido de constituir una formulación básicamente vinculada a las ideas de igualdad material y dignidad de la persona, que se pone en relación con un marcado carácter prestacional que lleva consigo una fuerte implicación del Estado y con su condicionamiento en sucesivos momentos históricos sobre la base de la coyunturalidad económica.

El derecho al trabajo se materializa en la prestación de una actividad en el marco de la organización productiva de bienes y servicios que se integra en un sistema de libre mercado. El trabajo del que habla el art. 35 CE es en consecuencia el trabajo asalariado, a su vez elemento definitorio de una sociedad y de toda una civilización, lo que significa asignar un papel preponderante a las formaciones sociales que representan la subjetividad del trabajo. El reconocimiento del derecho social que lleva a cabo dicho artículo implica el enunciado de una ciudadanía cualificada por el trabajo que es desigual económica, social y culturalmente a través de su inserción en el circuito de la producción de bienes para el mercado a cambio de una remuneración, pero que tendencialmente ha de dirigirse hacia la progresiva nivelación de esa situación materialmente desigual en donde desempeñan un papel activo tanto los poderes públicos como especialmente los propios trabajadores a través de sus organizaciones representativas.

Desde este ambivalente punto de partida se construye el tratamiento jurídico y político del derecho al trabajo en el sentido de dotar de valor político emergente a la más evidente condición social de subordinación al poder de otra persona, y considerar a la vez que debe hacerse compatible esta situación materialmente desigual con un sistema de ciudadanía igualitaria.

Sobre el trabajo al que todos los ciudadanos tienen derecho se establece un ordenamiento jurídico de clara finalidad correctora y niveladora de las situaciones de poder que se desenvuelven en las relaciones laborales, un "modelo social típico" (Romagnoli) de relaciones contractuales y normativas que configuran un "sector del ordenamiento regido por principios orientados a proteger la parte más débil de tal relación, diversificando así el contrato de trabajo de otras relaciones contractuales afines, civiles o mercantiles", como señala la STC 227/1998, de 26 de noviembre. Es decir, que el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente se refiere al trabajo tutelado por el ordenamiento jurídico laboral, cuestión anticipada de manera indirecta en otras decisiones del TC en el sentido de entender que el derecho al trabajo del art. 35 ET no es de aplicación "automática" a los funcionarios públicos, cubiertos en este sentido por el art. 103 CE. O, si se prefiere una fórmula más sintética, el derecho al trabajo implica el derecho del trabajo como marco de referencia en el que éste se desenvuelve, de manera que el trabajo por cuenta y dependencia ajena polariza el sistema de tutelas del mismo.

Por eso en el art. 35.2 CE se establece que la ley regulará un Estatuto de los Trabajadores. Es un precepto que subraya la importancia que en este proceso de regulación normativa tiene, desde la perspectiva constitucional, la delimitación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. Así, la STC 227/1998 afirma que "el ordenamiento laboral es coincidente con el concepto de trabajador por cuenta ajena, resultante de la calificación de la relación de prestación de servicios como contrato de

trabajo", y aunque el concepto de trabajador por cuenta ajena "no aparece expresamente definido" en la Constitución y no se halla, por tanto, constitucionalizado, eso no significa que el legislador tenga libertad plena para declarar no laboral una prestación de servicios determinada, sino que esta acción que debe llevar a cabo el legislador está vinculada por las notas caracterizadoras de la relación laboral y la comparación con las categorías o supuestos incluidos y excluidos de la tutela que presta el ordenamiento jurídico-laboral. Una vez que el legislador incorpora "determinados criterios para definir la prestación de trabajo que cae en el ámbito regulado por el Derecho Laboral (tales como los contenidos en el art. 1.1 ET) y partiendo de aquellos, ha acotado las relaciones contractuales que van a ser reguladas conforme a las finalidades y principios de tal ordenamiento" no puede excluir "del ámbito de aplicación así configurado y de los derechos de él derivados a grupos de trabajadores o a determinados tipos de prestaciones en función de un criterio que, por injustificado o irrazonable, resulte constitucionalmente inaceptable por contrario al principio de igualdad". Con ello se evita que pueda llevarse a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social, concepto por tanto jurídico-político del que se deriva el goce de importantes derechos fundamentales, como los de libertad sindical y huelga, negociación colectiva y conflictos colectivos, y emigración.

De esta forma el trabajo es la base para el ejercicio de los derechos del ciudadano, y reconocerlo implica enlazar al sujeto con su dignidad como persona y su proyecto igualitario fijado, a nivel colectivo, en el diseño del art. 9. 2 CE. Trabajar es la condición de ejercicio de importantes prerrogativas de ciudadanía. La privación de esa cualidad de manera incorrecta o injustificada no sólo implica la vulneración del derecho al trabajo, sino la dificultad de ejercicio de otros importantes derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente al trabajador. Cabe afirmar, por tanto, que el derecho al trabajo implica que se reconozca la calificación jurídica de la actividad profesional que se realiza como laboral, y que en consecuencia el contenido laboral en el sentido técnico-jurídico del mismo de la prestación de servicios en que consiste el trabajo integra el derecho que reconoce el art. 35 CE. Se podría decir que la expulsión

incorrecta de una relación de servicios --materialmente laboral-- del derecho del trabajo supone un atentado al derecho al trabajo.

En un sentido más preciso, se habla de una vertiente individual y otra colectiva del derecho al trabajo. En la vertiente colectiva el desplazamiento del derecho al trabajo hacia la política de empleo es más evidente, sea ésta pública o colectiva. En esta misma dimensión se sitúa la necesidad de proteger las situaciones de pérdida de trabajo y de encontrar un empleo y la protección por desempleo integrada en el sistema de seguridad social.

Pero posiblemente lo más relevante de esta consideración es que la vigencia del derecho al trabajo individual para aquellos ciudadanos que gocen efectivamente de un puesto de trabajo concreto, lleva a concluir que éstos no pueden ser privados del mismo sin un motivo justificado y sin que exista una compensación económica si se realiza ésta de forma incorrecta, improcedente o arbitraria, lo que tiene una aplicación inmediata en los supuestos de despido. La STC 22/1981 hacía equivaler el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo a "no ser despedidos si no existe una justa causa", lo que supone la inconstitucionalidad del despido sin causa o ad nutum. La STC 20/1994, de 27 de enero entiende por su parte que forma parte integrante de las "bases" del derecho al trabajo, de su "contenido esencial" una determinada caracterización de la figura del despido. Ésta debe presentarse como un procedimiento, permitiendo por tanto su "visibilidad" como acto empresarial rescisorio, lo que implica la exteriorización de la causa del despido y de la formalidad que lo acompaña y que permite su reconocimiento por el trabajador en toda su potencialidad lesiva de su posición jurídica como titular del derecho a un puesto de trabajo. A ello se une la necesidad de un control judicial a posteriori por el órgano judicial competente sobre la legitimidad de la acción empresarial de despido, que puede por tanto ser desautorizada tanto en función de su motivación como respecto de la formalidad que la amparaba. Es decir que la fórmula constitucional de reconocimiento del derecho al trabajo está directamente ligada a la

causalidad del despido y a la exteriorización formal del acto empresarial, elementos que por tanto configuran la garantía del ejercicio de este derecho. En este sentido, el art. 35 CE se prolonga en el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación del contrato de trabajo, que el estado español ha ratificado y en el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La parte orgánica de la Constitución Española de 1978 (CE) regula la estructura y funcionamiento del "Estado social y democrático de Derecho" en que "España se constituye" (art. 1 CE) y de los entes que lo integran. En su parte dogmática, la Constitución es fuente de fuentes para el Derecho del Trabajo como para cualquier otro sector del ordenamiento jurídico y marca pautas para el contenido material de sus normas de desarrollo. Centrando el análisis sobre temas laborales, podemos dividir las normas contenidas en la parte dogmática de la CE en cuatro grandes apartados.

Bases Institucionales contenidas en el Título Preliminar de la CE. Son normas que poseen una singular estabilidad y fortaleza que les da la propia CE al considerar la revisión de cualquiera de ellas equivalente a la revisión total de la norma constitucional, sujetando su reforma a un procedimiento complejo (art. 168 CE). Dentro de estos principios de estructuración básica podemos citar los siguientes:

- art. 1 que proclama como valores superiores constitucionales la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

- art. 2 que reconoce el principio autonómico como principio organizativo esencial.

- art. 7 que eleva a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales a la categoría de base institucional y de piezas económicas y sociales indispensables, proclamando la libertad de su creación; y para el ejercicio de su actividad, la exigencia de su estructura y funcionamiento democrático y el respeto que deben a la Constitución y a la ley.

- art. 9.2. Norma finalista vinculada estrechamente a la cláusula del Estado Social de Derecho. Este precepto proclama el deber de los poderes públicos de respeto y promoción de la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra y de remoción de los obstáculos que a ello se opongan.

Derechos fundamentales.- Contenidos en la sección 1ª, capítulo II, Título I de la CE. Se caracterizan por gozar de la protección que otorga el art. 53 de la CE, es decir: vinculan a todos los poderes públicos, han de desarrollarse mediante Ley Orgánica y contra su violación caben el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo y el procedimiento judicial sumario y preferente que prevé el apartado 2 del citado precepto. Son los siguientes:

- art. 19. Libre elección de residencia y circulación en el territorio nacional.

- art. 25.2. Trabajo remunerado y beneficios de la Seguridad Social de penados que trabajen en cumplimiento de su condena.

- art. 28.1. Libertad sindical que no solo comprende el derecho de los trabajadores "a fundar sindicatos y afiliarse al de su elección" sino también, "el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas".

- art. 28.2. Derecho de huelga de los trabajadores "para la defensa de sus intereses"

Derechos y deberes del ciudadano.- Contenidos en la sección 2ª del capítulo II, Título I CE. Únicamente gozan de la protección que otorga el apartado 1 del art. 53, a saber, "vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a" (recurso de inconstitucionalidad). Se trata de derechos laborales de carácter individual que reflejan la especial atención que la constitución dedica al ciudadano-trabajador, asignando a los

trabajadores una serie de derechos adicionales a los que ya gozan como ciudadanos. Forman parte de este grupo:

- art. 35. Deber de trabajar y derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente y prohibición específica de discriminación en estas materias por razón de sexo. El apartado 2 de este artículo dice que "la ley regulará un estatuto de los trabajadores" mandato cumplido con la Ley 8/80, de 10 de marzo, derogada y sustituida por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET).

- art. 37.1: "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios".

- art. 37.2: "Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo".

Principios rectores de la política social y económica.- Comprendidos en el capítulo III del Título I, se caracterizan, según el art. 53.3 CE porque "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen", si bien, su reconocimiento, respeto y protección deben informar "la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos". Podemos citar, como específicos del ámbito social, los siguientes:

Art. 41: "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

- art. 43: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

- art. 49. Tratamiento y amparo especial de los discapacitados.

- art. 50. Protección a la vejez.

- art. 42. Salvaguardia de los derechos económicos de los emigrantes y orientación de la política del Estado hacia su retorno.

- art. 40.2: “Los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

- art. 40.1: “Los poderes públicos… realizarán una política orientada al pleno empleo”.

Los derechos inespecíficamente laborales.

La Constitución también reconoce otros derechos de titularidad general cuyo disfrute corresponde a toda persona por la simple condición de serlo y al margen de su condición de trabajador asalariado pudiendo, obviamente, ser ejercitados por cualquier persona en su relación de trabajo. Se trata, pues, de derechos fundamentales que se atribuyen “con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer”. Son, principalmente y entre otros, los derechos de igualdad de trato y de no discriminación (art. 14 CE), el derecho a la libertad ideológica y a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), el derecho a la libertad de

expresión e información (art. 20.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE).

Como ha señalado el Tribunal Constitucional "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano...", porque "a fin de cuentas, son derechos del ciudadano-trabajador...que ejerce como trabajador-ciudadano". En consecuencia, y como atinadamente y de forma gráfica se ha dicho, el trabajador no deja "aparcados" sus derechos fundamentales a la puerta de la fábrica y los recoge cuando sale, toda vez que la Constitución no tolera ningún ámbito inmune al ejercicio de aquellos derechos.

V. LAS FUENTES INTERNACIONALES Y COMUNITARIAS

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional del Trabajo surge cuando:

- Se consolida la idea de que lo que en cada país ocurra en materia laboral puede trascender a la comunidad internacional. Como consecuencia, es necesario que existan organismos internacionales que fijen niveles internacionales de condiciones de trabajo a los que se ajusten los ordenamientos internos.

- Se producen movimientos de trabajadores de un país a otro, con lo que ambos países, el de emigración y el de inmigración, deben ajustar mediante tratados internacionales las condiciones de trabajo y de seguridad social de los emigrantes.

Actualmente, los Estados optan por la adopción de grandes tratados internacionales, centrados en los derechos intrínsecos del ser humano. Los convenios

sobre derechos humanos, parte importante de cuyo contenido es laboral, cumplen también esta función.

Eficacia interna.

La Constitución española en su artículo 96 establece:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados y una vez publicados oficialmente en España entran a formar parte del ordenamiento jurídico interno.

2. Que las disposiciones de los tratados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas de acuerdo con lo que se establezca en el propio Tratado o con arreglo a las normas de Derecho Internacional. La Constitución reconoce implícitamente el carácter superior de los Tratados Internacionales sobre las normas internas en caso de conflicto con ellas. Eso significa que los tratados internacionales son súper-leyes de rango superior a las leyes internas españolas por lo que una Ley española posterior a un Tratado no puede afectar a la aplicación de éste.

En cuanto al contenido de los Tratados Internacionales cabe destacar los firmados sobre la emigración, seguridad social, cooperación social que España ha suscrito con numerosos países europeos y americanos.

2. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La OIT fue creada en 1919 por el Tratado de Versalles. Se creó fundamentalmente por la presión ejercida por el movimiento obrero a partir de la segunda mitad del siglo XIX lo que condujo a la creación dentro de la conferencia de paz de Versalles, tras la primera guerra mundial, de una comisión que se encargó de elaborar el proyecto de creación de la OIT. Los Estados firmantes se obligan “para asegurar y mantener las condiciones de trabajo equitativas y humanas a establecer y

mantener las organizaciones internacionales necesarias". Los objetivos de la OIT son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo.

Su estructura es tripartita: está formada por representantes de los gobiernos, sindicatos y patronales. En cuanto a la estructura orgánica, está compuesta por tres órganos: la Conferencia Internacional de Trabajo (órgano legislativo), el Consejo de Administración (órgano ejecutivo) y la Oficina Internacional (órgano técnico y administrativo).

Funciones que realiza la OIT como organización internacional que goza de plena personalidad jurídica:

- Asesoramiento y asistencia técnica llevada a cabo por expertos a los Estados miembros. Programas de cooperación, asistencia técnica sobre empleo, formación profesional, medio y condiciones de trabajo, seguridad social, etc. Actualmente, quizá sea ésta su tarea esencial.

- Preparación de informes y recopilación de información. Material de rigor y valor muy variable, bastante del cual es después difundido en publicaciones cuyo conjunto forma un vasto fondo editorial.

- Convocatoria y organización de reuniones internacionales de administradores o de expertos sobre determinadas cuestiones o para determinadas zonas geográficas.

- Elaboración de Convenios y Recomendaciones internacionales. Esta ha sido en el pasado su función más importante.

La principal diferencia entre Convenios y Recomendaciones es que los Convenios son acuerdos que una vez ratificados por los Estados crean obligaciones y las recomendaciones son acuerdos pero que no originan ningún tipo de obligación sino que

simplemente señalan una orientación a seguir por los distintos Estados. Una vez aprobado un Convenio éste se convierte en obligatorio cuando es ratificado por el Estado de que se trate. En el caso de España es ratificado por las Cortes y publicado en el BOE. Una vez cumplidos esos trámites pasan a formar parte del Derecho Interno. Al igual que el reto de Tratados Internacionales están por encima de las leyes nacionales.

3. EL DERECHO COMUNITARIO

Aunque el objetivo principal de la Comunidad europea era económico, la política social siempre ha sido un tema de primer orden. De hecho en el Tratado de Mastrich se incluye un protocolo relativo a la política social. El carácter económico preponderante del derecho fundacional de las Comunidades Europeas y las escasas e imprecisas competencias de la originaria CEE en el ámbito social explican el limitado desarrollo del derecho social comunitario. Aunque es importante su labor armonizadora de las diferentes legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social y en materia laboral.

El Acta Única Europea firmada en Luxemburgo 17 de febrero de 1986 reiteró y amplió los objetivos, afirmados por los Tratados CEE y CECA, de "equiparación por la vía del progreso de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores mediante la armonización de los sistemas sociales, la aproximación de las legislaciones nacionales, la colaboración entre los Estados y –novedad del Acta Única- el diálogo social europeo". También reforzó el Acta Única las competencias comunitarias en el ámbito social.

El TUE no consigue superar las dificultades políticas existentes para consagrar la dimensión social de la Unión Europea por lo que, las modificaciones en el ámbito de

la política social, debieron desplazarse hacia un Acuerdo de Política Social celebrado entre todos los Estados miembros, a excepción del Reino Unido, anejo a un Protocolo.
Las cuestiones de interés relevantes para esta disciplina, son: la libre circulación de trabajadores, la política social comunitaria, la política de empleo comunitaria y el Fondo Social Europeo, a la luz de los derechos de la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

1.- La Libre Circulación de Trabajadores. Es un medio para el establecimiento de un mercado común europeo. Para ello, queda abolida toda discriminación por razón de nacionalidad respecto al empleo, retribuciones y demás condiciones de trabajo y se establecen medidas de seguridad social que permiten computar los períodos de trabajo en todos los países comunitarios para la adquisición, cálculo y conservación de las prestaciones, que han de pagarse cualquiera que sea la residencia del beneficiario dentro de los estados miembros. El TUE refuerza esta libre circulación de trabajadores al crear una "ciudadanía de la Unión" reforzada por la creación de la ciudadanía comunitaria.

2.- La Política Social Comunitaria. El Tratado de la CEE prevé una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social. Sin embargo, esto implica no tanto generar un verdadero derecho social europeo sino intentar coordinar o armonizar los derechos nacionales de los Estados miembros a través de Directivas Armonizadoras y el Diálogo Social Europeo.

3.- La política de empleo comunitaria. Gran novedad del Tratado de Amsterdam fue la incorporación de un nuevo Título dedicado al empleo y a la ampliación de las competencias comunitarias de coordinación de las políticas de empleo. Se crea el Comité de Empleo como órgano consultivo.

4.- Los Fondos Estructurales: el Fondo Social Europeo. El TUE prevé su creación para mejorar las posibilidades de empleo y promover la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores en el mercado interior, así como para facilitar su

adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente, mediante la formación y la reconversión profesional. Su administración corresponde a la Comisión asistida por un Comité integrado por representantes de gobiernos, sindicatos y asociaciones empresariales.

Eficacia interna del Derecho comunitario.

Efecto de primacía sobre el derecho interno. La incorporación de España a la Unión europea conlleva la cesión de la soberanía a dicha organización supranacional y ello con las consecuencias que implica la cesión. Como consecuencia de ello, el derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno, incluida la Constitución.

Efecto directo que tiene el derecho comunitario. Significa dos cosas:

-Que las normas comunitarias son fuente directa de derecho y obligaciones para los Estados miembros.

- Que el derecho comunitario es alegable directamente por los particulares ante los tribunales nacionales o ante el Tribunal de Justicia Comunitario.

VI. LAS LEYES

Una ley es una norma jurídica de carácter general y obligatorio emanada del Parlamento. Existen dos tipos:

1. Leyes orgánicas. Art. 81 CE: “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos y libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

2. Leyes ordinarias. No requiere ningún procedimiento estricto y basta para su aprobación mayoría simple (votada por la mayoría de los miembros presentes en ambas cámaras).

En el orden laboral, han de ser orgánicas las leyes que regulan el derecho de huelga y la libertad sindical. Actualmente, sólo podemos hablar de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, aprobada por LO 11/1985, de 2 de Agosto (LOLS) pues, la ley orgánica reguladora del derecho de huelga aún no ha sido aprobada. La relación entre ambas leyes no es una relación de jerarquía sino que rigen por el principio de distribución competencias o de materias.

VII. NORMAS CON RANGO DE LEY

Junto con este tipo de normas aprobadas por las Cortes existen otras emanadas del Gobierno y que la Constitución les otorga la misma fuerza que una ley aprobada por las Cortes: son los Decretos-leyes (art. 86 CE) y los Decretos-legislativos (art. 82 CE). Su finalidad es agilizar el proceso de elaboración de las normas y dar mayor eficacia a dicho procedimiento. Ambos tipos de normas no pueden regular materias reservadas por la Constitución a ley orgánica.

- El Real Decreto Legislativo: es una norma jurídica que emana del gobierno previa delegación o previa habilitación por parte de las Cortes. Esa habilitación admite

dos vías:

1. Que las cortes aprueben una ley de bases y encargue al gobierno que apruebe un texto articulado.

2. Mediante una ley ordinaria cuando se trata de refundir varios textos legislativos en uno. (Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

- Decretos leyes: norma emanada del Gobierno con rango de ley que no necesita previa habilitación de las Cortes y que se dictan en casos de extraordinaria y urgente necesidad. Posteriormente sí se someterá a discusión y votación por el congreso de los Diputados para su convalidación o derogación. No pueden afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del estado ni afectar a los derechos y libertades regulados en el Título I (sólo puede regular aspectos no básicos de esas materias).

VIII. LOS REGLAMENTOS

Los reglamentos son una norma jurídica también de carácter general y obligatorio dictado por la Administración y con valor subordinado a la ley. El órgano que tiene competencia para dictar reglamentos es el Gobierno. Si emana del Consejo de Ministros se llama Real Decreto y si es proviene de un Ministerio determinado se llama Orden Ministerial.

Los reglamentos están sujetos al principio de jerarquía normativa. Ello significa que están subordinados a la ley en un triple sentido:

- Que un reglamento no puede contradecir a una ley.

- Que los reglamentos sólo son posibles en aquellos campos que la ley lo permita.

- Que no puede suplir a una ley allí donde ella es necesaria, es decir, que un reglamento no puede regular autónomamente una materia sobre la que hay una reserva de ley. En materia laboral según el artículo 53 CE hay una reserva de ley. Así el art. 3 ET establece el carácter subordinado del reglamento respecto de la ley.

La Ley 31/1995 de 8 de noviembre regula la Prevención de Riesgos Laborales y el RD 39/1997 de 17 de enero aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales.

Por tanto, en materia laboral sólo caben los llamados reglamentos ejecutivos o de desarrollo de las leyes. Es necesaria una ley que establezca la regulación general de una determinada materia y el reglamento sólo puede desarrollar, concretar o completar técnicamente la regulación legal.

IX. EL CONVENIO COLECTIVO

1. CONCEPTO

Es un acuerdo, un pacto entre los representantes de la empresa o una o varias asociaciones empresariales y la representación colectiva de los trabajadores, bien sean los sindicatos o representantes de personal con la finalidad de regular el contenido del contrato de trabajo. El ART. 82.1 ET lo define como la expresión del acuerdo

libremente adoptado por esos sujetos “en virtud de su autonomía colectiva”.

La función tradicional de los convenios colectivos ha sido y es normalmente la de mejorar las condiciones establecidas en la ley. Sin embargo, hoy en día cabe la posibilidad de que un convenio colectivo establezca condiciones de trabajo distintas o incluso peores de las establecidas en la ley. Un ejemplo es la duración del periodo de prueba; o ampliando la jornada legal diaria: o fijar topes máximos en algunos aspectos del contenido de los convenios, en temas salariales principalmente. Sin embargo en su conjunto sí las mejorará.

El artículo 37 de la Constitución regula el derecho a la negociación colectiva entre representantes de los trabajadores y empresarios y también establece la fuerza vinculante de los convenios colectivos1. En desarrollo de este artículo, al menos parcialmente, el Estatuto de los Trabajadores en su Título III regula un tipo de convenio colectivo que se llama estatutario precisamente porque establece los requisitos y la capacidad para negociar, el procedimiento de negociación, la obligación de registro y la obligación de su publicación.

2. NATURALEZA

El art 3.1.b) ET deja ver su naturaleza cuando encomienda al convenio colectivo la regulación de “los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral”, como un elemento más de las fuentes de ordenación de las relaciones de trabajo, y el art. 82.2 ET dispone que mediante los convenios colectivos trabajadores y empresarios pueden regular “las condiciones de trabajo y productividad “, y pueden establecer, en concreto, reglas sobre “ paz laboral, a través de las obligaciones que se pacten”.

3. TIPOLOGÍA

La Constitución alude al carácter vinculante de los convenios colectivos, no se pronuncia sobre la eficacia, limitada o general, de éstos. En principio, los convenios podrían limitar su eficacia reguladora a los trabajadores y empresarios afiliados o asociados a las organizaciones pactantes (eficacia limitada) o, por el contrario, extenderla a todos los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito funcional y territorial del convenio, con independencia de cuál fuera su adscripción sindical o asociativa, e incluso con independencia de su no adscripción (eficacia general o "erga omnes"). El ET se ha inclinado por la segunda fórmula, consagrando la eficacia general de los convenios colectivos con un exigente mecanismo legal en cuanto a la legitimación para negociar, composición de la comisión negociadora y el propio procedimiento negociador.

Sin embargo y atendiendo a que el artículo 37.1 de la Constitución encomienda a la ley que garantice el derecho a la negociación colectiva existen los llamados convenios colectivos Extra estatutarios que gozan de eficacia normativa limitada a los sujetos representados y que no cumplen con todos o algunos de los preceptos establecidos en el título III del ET.

4. EFICACIA NORMATIVA Y PERSONAL

Los Convenios colectivos estatutarios tienen eficacia normativa y eficacia personal general. ¿Qué significa "eficacia normativa"?

- Que el contenido del convenio se impone automáticamente a las relaciones de trabajo existentes dentro del ámbito territorial o funcional del convenio. Como consecuencia se considerarán nulas las cláusulas de cualquier contrato de trabajo que

establezcan condiciones de trabajo menos favorables para los trabajadores que las establecidas en el convenio colectivo aplicable.

- Que se aplica el principio de sucesión normativa en virtud del cual el convenio colectivo posterior en el tiempo deroga al anterior pasando a regirse las condiciones de trabajo por el nuevo convenio salvo que exista una cláusula en el nuevo convenio en la que expresamente se disponga el mantenimiento de las condiciones del convenio anterior.

- Que se aplica el principio de publicidad. Al igual que el resto de las normas los convenios colectivos deben publicarse en el boletín oficial que le corresponda según su ámbito.

- De su incumplimiento hace derivar responsabilidades exigibles judicialmente a los sujetos incumplidores. Los incumplimientos por los empresarios se consideran infracciones administrativas y objeto de multas.

Respecto a la eficacia personal de los convenios colectivos estatutarios. Según el artículo 82.3 del ET, los convenios colectivos negociados según el título III tienen eficacia general o "erga omnes". Significa que obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia. Quedan afectados todas las empresas y trabajadores incluidos dentro del ámbito funcional y territorial del convenio con independencia de que estén afiliados o no a las organizaciones empresariales o sindicales firmantes del convenio.

5. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA

El art. 3 APS, actual art. 138 CE, fue escasamente innovador en el establecimiento del deber de consulta formalizando una costumbre asentada en el

modus operandi de la Comisión con fundamento jurídico en el antiguo art. 118 B del Tratado CE que ya establecía: «la Comisión procurará desarrollar el diálogo social entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideraren deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes». La Comisión siempre ha consultado a los interlocutores sociales en materia de política social con el fin de alcanzar el máximo consenso y la legitimación de las acciones sociales. Básicamente, esta consulta se ha venido desarrollando a través de comités consultivos con áreas específicas de responsabilidad y competencia. Son los Comités tripartitos a tres bandas, Gobiernos, patronal y trabajadores, cuyos miembros son designados por el Consejo a propuesta de los Gobiernos de los Estados miembros. Otra forma de consulta se desarrolló a través de las comisiones mixtas que la Comisión creaba en sectores en los que ya existían o se estaban preparando políticas comunes. En otros casos, las reuniones informales han constituido el marco de desenvolvimiento del diálogo y la consulta a los interlocutores sociales del sector afectado sobre las diversas propuestas de la Comisión que pudieran tener consecuencias en el ámbito social.

Previa a la regulación por el APS del procedimiento de consulta, y junto a las de carácter informal, se habían establecido procedimientos ad hoc de consulta con cierta relevancia. La Comisión concertó con el grupo director del diálogo social (establecido a nivel político por los representantes de la UNICE, el CEEP, la CES y la Comisión) un procedimiento de consulta para ciertas propuestas legislativas a las que los interlocutores sociales daban gran importancia, pero que no correspondían a las competencias de ningún organismo consultivo existente. Se consultaba conjuntamente en dos etapas: una primera tenía lugar sobre un informe para debate de la Comisión, seguida por una segunda, que se realizaba en los tres meses siguientes, sobre un nuevo informe, más detallado y más cercano al proyecto preliminar que los departamentos responsables preveían presentar a la Comisión. Después de estas dos consultas, los departamentos de la Comisión elaboraban un inventario de los puntos de acuerdo y desacuerdo, según lo expresado por los interlocutores sociales, y lo presentaban a la Comisión, que deliberaba por última vez sobre la propuesta.

Además la Comisión, junto a esta consulta en dos etapas, llevaba a cabo consultas adicionales con representantes de los interlocutores sociales en los sectores industriales y de servicios más afectados por propuestas particulares en estudio, así como con otras organizaciones importantes que no participan en el diálogo social comunitario, ampliando sus consultas a otras organizaciones representativas de los ámbitos económicos y sociales.

Este esquema tradicional de trabajo, consulta informal previa a la adopción de cualquier acción comunitaria en materia social, se institucionaliza en el APS que reproduce el Acuerdo colectivo entre los interlocutores sociales de 31 de octubre de 1991 sobre el diálogo social europeo.

El resultado más relevante del diálogo social no institucionalizado, fue el referido Acuerdo al que llegan la CES, la UNICE y la CEEP, el 31 de octubre de 1991 sobre el papel de los interlocutores sociales en la Comunidad y que constituiría la base para la modificación, en la Conferencia Intergubernamental de Maastricht, de los arts. 118, 118 A y B del Tratado CE. Como se sabe, las modificaciones en materia de política social y particularmente las referidas al diálogo social, se plasmaron en el APS y en el Protocolo 14, anejo al Tratado de Maastricht, actualmente incorporado al TCE, tras el Tratado de Ámsterdam. El APS recogió con bastante fidelidad lo acordado por los interlocutores en el año 1991. Tanto el acuerdo social como el APS, otorgaban a la Comisión una función promocional de trascendental importancia en el procedimiento de consulta a los interlocutores sociales comunitarios, facilitando el diálogo y ofreciendo un apoyo equilibrado a las partes. A estos efectos, con anterioridad a la presentación de propuestas en el ámbito de la política social la Comisión debe consultar a los interlocutores sociales, sobre la posible orientación de una política comunitaria. Si tras esta primera consulta, la Comisión considerara oportuna una acción comunitaria consultará de nuevo a los agentes sociales, ahora sobre el contenido de la propuesta

prevista. Los interlocutores sociales remitirán un dictamen a la Comisión y, en su caso, una recomendación.

El APS formalizó estas dos etapas en el art. 3.2 «antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria; y art. 3.3 «si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción comunitaria, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación».

Con el fin de permitir la aplicación de las nuevas disposiciones de consulta y negociación previstas en el APS, la Comisión adoptó, el 14 de diciembre de 1993, la Comunicación sobre la aplicación del Protocolo sobre la política social [COM (93) 600 final]. En ella se determinan cuestiones básicas para el desarrollo del diálogo social como las organizaciones que serán consultadas (ya analizado supra), los procedimientos de consulta, la negociación de los acuerdos, su aplicación, etc.

En la Comunicación se propone que la forma de contacto entre la Comisión y los interlocutores sociales en la primera consulta tenga lugar mediante la recepción de una carta de la Comisión. La consulta solicitada podrá iniciarse por escrito o, si los interlocutores sociales así lo desean, mediante la organización de una reunión ad hoc. El período de consulta no deberá exceder de seis semanas. A la vista de los comentarios y propuestas recibidos en la fase de primera consulta, la Comisión determinará su postura y decidirá si es oportuno pasar a la segunda fase.

En la segunda fase de la consulta la Comisión remitirá una nueva carta en la que figurará el contenido de la propuesta contemplada con inclusión de la indicación de su

posible base jurídica. Los interlocutores remitirán, de nuevo, su parecer por escrito o convocando una reunión, en la que se expondrán los puntos de acuerdo y desacuerdo presentando, en su caso, una recomendación con las posiciones comunes, no debiendo exceder tampoco el plazo de seis semanas.

Los nuevos procedimientos de consulta derivados del APS no sustituyen a los antiguos, por lo que los comités seguirán constituyendo el mecanismo principal de consulta. Actualmente existen seis Comités consultivos: comité consultivo de seguridad social de los trabajadores migrantes, libre circulación de trabajadores, Fondo Social Europeo, formación profesional, seguridad, higiene y protección de la salud en el trabajo e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La Comisión evitará que haya solapamiento entre estos Comités y la consulta a los interlocutores sociales, sin perjuicio de que ocasionalmente puedan funcionar de manera paralela.

El procedimiento de consulta iniciado a instancia de la Comisión, puede concluir con la oposición de los interlocutores sociales, manifestando en el dictamen o recomendación de respuesta a la consulta su negativa en cuanto a la adopción de una medida comunitaria sobre la materia propuesta.

Se ha mantenido que la oposición conjunta o separada de los interlocutores sociales a la iniciativa comunitaria provocará el efecto de paralizar cualquier medida legislativa. Ciertamente, el art. 138.2 CE se manifiesta en tono imperativo en cuanto a la obligatoriedad de la consulta la Comisión «consultará» a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria, pero nada dice sobre el poder de veto a la iniciativa legislativa por parte de los interlocutores. Tampoco el art. 138.3 CE ofrece elemento interpretativo alguno que clarifique esta cuestión cuando señala que si la Comisión estima conveniente una acción comunitaria «consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta planteada». En principio, parece que queda

en manos de la Comisión la posibilidad de plantear o no la acción, sin que las fuerzas sociales puedan vincular su adopción en un sentido u otro.

El poder de veto de los interlocutores funcionará, sin embargo, si deciden negociar un acuerdo, paralizando la iniciativa legislativa de la Comisión (art. 138.4 CE: «con ocasión de dicha consulta, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 139. La duración del procedimiento previsto en el presente artículo no podrá exceder de 9 meses, salvo si los interlocutores sociales afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión»). Se planteó, en su momento, cuando el APS no estaba integrado en el Tratado, que si los interlocutores decidieran negociar un acuerdo paralizarían tan sólo las iniciativas legislativas que tuvieran amparo en el APS, del que quedaban excluidos los proyectos de reglamento. Hoy, con el APS integrado en el Tratado CE, la sustitución de las iniciativas normativas de la Comunidad por acuerdos en materia social se amplía a todo el abanico de instrumentos normativos contemplados por el Tratado en el ámbito de la política social.

En todo caso, el poder de veto sobre la iniciativa comunitaria tendrá alcance temporal, por cuanto el proceso negociador no podrá exceder de nueve meses, salvo acuerdo con la Comisión, por lo que, una vez concluido el período fijado para negociar sin que las partes alcancen un acuerdo, la Comisión recupera plenamente sus poderes normativos.

La Comisión establece por Decisión de 20 de mayo de 1998 la creación de Comités de diálogo sectorial específicos que sustituyan a los Comités paritarios implicados hasta ese momento en el diálogo social y que habían venido creándose desde 1974 por distintas decisiones de la Comisión146. Según el art. 1 los Comités de diálogo sectorial se crearán en aquellos sectores cuyos interlocutores sociales hagan una

solicitud conjunta de participación en el diálogo social a escala europea, y en los que las organizaciones patronales y sindicales cumplan los siguientes criterios:

a) Estar relacionadas con categorías o sectores específicos y organizadas a escala europea. Por tanto, integradas en algunas de las organizaciones de empresarios y confederaciones empresariales reconocidas a nivel europeo.

b) Estar compuestas por organizaciones que, a su vez, formen parte integrante y reconocida de las estructuras de los interlocutores sociales de los Estados miembros, tengan la capacidad de negociar acuerdos y sean representativas de varios Estados miembros.

c) Disponer de una estructura adecuada que garantice su participación efectiva en las actividades de los Comités.

Según el art. 2 de la Decisión las competencias de los Comités de Diálogo sectorial en el sector para el que se establecen son la de consulta sobre los progresos a escala comunitaria que tengan implicaciones sociales y la de desarrollo y promoción del diálogo social a escala comunitaria de ámbito sectorial.

En las reuniones de cada Comité participarán un total de cuarenta representantes de la patronal y de los sindicatos, con un número igual de representantes por cada delegación (art. 3). En cuanto al procedimiento de negociación y consulta, cada Comité establecerá, en colaboración con la Comisión, sus propias normas de procedimiento. En todo caso, la presidencia la ostentará un representante de las delegaciones de la patronal o de los sindicatos o, a petición conjunta de las partes, por un representante de la Comisión. Como mínimo, lo Comités se reúnen una vez al año. Un máximo de treinta de los representantes de la patronal y los sindicatos que participen en las reuniones de un Comité recibirán dietas y verán reembolsados sus gastos de viaje. La Comisión ejerce una actividad de seguimiento sobre el funcionamiento de los Comités sectoriales,

consultando a los interlocutores sociales sobre las actividades desarrolladas en los diferentes sectores (art. 5). Los miembros de los Comités tienen un deber especial de sigilo cuando la Comisión informa de la confidencialidad de algunos de los asuntos discutidos en las reuniones del Comité o en su secretaría reforzando el deber general de sigilo contenido en el antiguo art. 214 del Tratado (actual art. 287 CE).

El diálogo sectorial e intersectorial no se limita a un diálogo permanente que permita representar a nivel comunitario los intereses socio-económicos en los diferentes sectores de actividad. Tiene su fundamento jurídico en el actual art. 139 CE (antiguo art. 118 B Tratado CE) que permite que del diálogo social resulten relaciones convencionales, incluidos acuerdos. El producto de la negociación colectiva europea, los euro acuerdos podrán tener un carácter interprofesional o sectorial, identificándose los sujetos negociadores en uno y otro caso, los interlocutores sociales, CEEP, UNICE y CES, en un caso y los Comités sectoriales, en otro.

En los mimos términos vistos para la consulta a nivel intersectorial, la convocatoria de consulta tiene lugar a través del envío de una carta a la que los interlocutores sociales podrán responder por escrito o mediante una reunión ad hoc. El primer período de consultas no podrá tener una duración superior a seis semanas. A la vista de la respuesta de los interlocutores sociales la Comisión determinará su posición a la luz de los comentarios recibidos durante la primera consulta y decidirá si es oportuno pasar a la segunda fase. En la segunda fase de la consulta, la Comisión enviará una segunda carta en la que figure el contenido de la propuesta contemplada con inclusión de su posible base jurídica. Los interlocutores sociales volverán a expresar su opinión por escrito y, si lo desean, en una reunión ad hoc, se expondrán los puntos de acuerdo y desacuerdo de las posiciones respectivas sobre el borrador. La duración de esta segunda fase tampoco deberá exceder de seis semanas.

Durante la fase de consulta, la Comisión conserva el control sobre la conveniencia de adoptar normas comunitarias en materia social, por cuanto, en primer lugar, determina autónomamente cuándo llevar a cabo una acción comunitaria y el contenido de la misma que queda delimitado por la Comisión. En segundo lugar, una vez que la Comisión ha consultado a los agentes sociales y éstos le han expresado su opinión sobre la orientación que debe tomar la medida comunitaria, sólo si la Comisión considera que debe continuar el proceso, efectuará una nueva consulta, ahora sobre el contenido de acción comunitaria.

El diálogo social sectorial va adquiriendo forma paulatinamente y actualmente se viene desarrollando en veinticuatro sectores a nivel europeo. El fomento de la Comisión en la evolución y desarrollo del diálogo social sectorial ha sido decisivo para alcanzar acuerdos en el sector de la agricultura (1997), la distribución del tiempo de trabajo en la agricultura, en el sector del ferrocarril (1998) o sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar o del personal de vuelo en la aviación civil, puestos en práctica por sendas directivas, la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ACSA) y la Federación del Transporte de la Unión Europea y la Directiva 200/79/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa a la aplicación del acuerdo Europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo del personal de vuelo en la aviación civil celebrado por la Association of European Airlines (AEA), la European Transport Workers Federation (ETF), la European Cockpit Association (ECA), la European Airline Association (ERA) y la International Air Carrier Association (IACA).

La consulta ofrece a los interlocutores sociales la posibilidad de iniciar el proceso negociador previsto en el art. 139 TCE que podrá concluir con la adopción de un acuerdo en materia social. Consulta y negociación no son procedimientos estancos. La negociación de un acuerdo colectivo sólo se alcanza cuando la Comisión consulta a

las partes sociales por el procedimiento formal previsto en el 138 TCE, sin consulta no hay negociación.

Una vez concluye la segunda fase de la consulta sobre el contenido de la acción legislativa pretendida por la Comisión, los interlocutores sociales tienen dos opciones:

1) Remitir su opinión a través de un dictamen o, en su caso, de una recomendación, supuesto en el que proceso legislativo continúa en manos de las instituciones comunitarias por la vía del art. 251 TCE. La intervención de los agentes sociales termina con el dictamen o la recomendación que, en ningún caso, será vinculante.

2) Informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar de forma independiente un proceso de negociación que puede concluir en el establecimiento de un acuerdo directo entre las partes sociales.

El proceso de negociación podrá extenderse en el tiempo hasta nueve meses, ampliables por acuerdo entre la Comisión y los interlocutores. Expirado el plazo o antes, los interlocutores sociales comunicarán a la Comisión la conclusión de un acuerdo. En este momento del procedimiento negociador los agentes sociales podrán:

1) Solicitar a la Comisión que proponga al Consejo la adopción de una decisión para la aplicación del acuerdo a escala comunitaria.

2) Alcanzado el acuerdo, aplicarlo de acuerdo con los usos, prácticas y procedimientos propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros. En este supuesto se plantea la duda de si la Comisión puede retomar la iniciativa legislativa y proponer al Consejo la adopción de una medida comunitaria paralela al acuerdo independiente por la vía del art. 137 TCE. Se volverá de nuevo sobre este tema cuando

se analice la eficacia y aplicación del acuerdo colectivo europeo sin perjuicio de adelantar una respuesta afirmativa.

3) Continuar las negociaciones más allá de los nueve meses, previa solicitud a la Comisión de la apertura de la ampliación del plazo.

4) No alcanzar ningún acuerdo. En este último caso, la Comisión examinará, a la luz de los trabajos realizados, la conveniencia de proponer un instrumento legislativo sobre la materia social en cuestión, comunicando las deliberaciones de los interlocutores al Consejo, tras consultar al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Parlamento Europeo.

En el caso de que los interlocutores sociales lleguen a un acuerdo y pretendan dotarlo del carácter vinculante del que en otro carecería, solicitan a la Comisión que lo presente ante el Consejo, con el fin de adoptar una decisión que recoja su contenido. Este tipo de acuerdos se han denominado acuerdos reforzados.

Llegados a este punto en el proceso negociador, la Comisión ejerce una doble función; como intermediario o mediador público entre los interlocutores sociales y el Consejo, y como órgano encargado del control previo de legalidad del acuerdo. Con carácter previo a la presentación del acuerdo ante el Consejo, la Comisión comprueba la vulneración o el exceso por parte del acuerdo del marco comunitario, fundamentalmente, el cumplimiento de principios como el de subsidiariedad o proporcionalidad que condicionan el ejercicio de las competencias comunitarias en política social. También comprobará que los contenidos del acuerdo se ajustan a los del propio Tratado y, como se ha analizado supra, que los agentes sociales negociadores reúnen la representatividad acumulada suficiente. Si la Comisión cuestionara la legitimidad del acuerdo tiene varias posibilidades:

1) Reenviar el acuerdo a las partes firmantes para que subsanen el error.

2) Plantear ante el TJCE un cuestión prejudicial sobre la compatibilidad del acuerdo con el Tratado.

Una vez que el acuerdo supera el examen de legalidad, pasa al Consejo que decide, bien por mayoría cualificada, bien por unanimidad, dependiendo de la materia, asumirlo en bloque o rechazarlo, pero, en ningún caso, modificarlo. En este sentido, se pronunciaron los interlocutores sociales en el acuerdo del grupo ad hoc del diálogo social que estudió el papel de los interlocutores sociales en la Comunidad (Acuerdo, firmado en Bruselas, de 31 de octubre de 1991, base para el Acuerdo sobre Política Social anejo al Tratado de Maastricht). En el citado acuerdo los interlocutores pretendían que la redacción del art. 118 B.2 quedara como sigue:

«La aplicación de los acuerdos concluidos a nivel comunitario se realizará:

- Ya sea conforme a los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros.

- Ya sea, en aquellas materias amparadas por el artículo 118, a petición conjunta de las partes signatarias, en base a una decisión del Consejo, referida, a propuesta de la Comisión, a los acuerdos tal y como hubieren sido concluidos. Dicha decisión se producirá conforme a las modalidades de voto previstas en el artículo 118».

Significativamente, el texto originario del acuerdo no pasó en este punto al contenido del art. 4.2 del APS (actual art. 139.2 CE, tras la integración del APS en el Tratado). A pesar de ello, parece que atribuir tal posibilidad al Consejo desvirtuaría, vaciándolo de contenido, el proceso negociador que culmina en el acuerdo, por lo que

habrá que concluir que la recepción del acuerdo negociado entre las partes sociales no es susceptible de modificación alguna por la Comisión o el Consejo, que tampoco podrán excluir ninguno de sus contenidos. Ahora bien, ¿pueden rechazarlo de plano no sometiéndolo a votación? En principio, la respuesta es negativa, a salvo del control de legalidad que ejercen el Consejo y la Comisión sobre la posible extralimitación de los interlocutores sociales en las competencias negociadoras, sobre todo en la medida en que el acuerdo debe permanecer en los márgenes competenciales que permite el principio de subsidiariedad. El reconocimiento de un deber jurídico de consulta, vinculante y obligatorio para la Comisión y la prioridad que el Tratado concede al acuerdo colectivo europeo sobre la actuación normativa de las instancias competentes para ello, impide que la Comisión o el Consejo modifiquen contenidos del acuerdo, alegando la competencia propia en materia social y adoptando una directiva o un reglamento que modifique lo establecido por el acuerdo. Si este fuera el caso, se abriría de nuevo el procedimiento negociador en materia social que prioriza la intervención de las partes sociales. En este sentido, la competencia normativa de las instituciones comunitarias en materia social tiene carácter residual, en la medida en que el Consejo y la Comisión recuperan su competencia sólo cuando las partes sociales deciden no iniciar el procedimiento negociador del art. 139 CE; iniciado, no llegan a un acuerdo; o habiendo solicitado una prórroga para alcanzarlo, la Comisión no accede a ampliar el plazo de nueve meses o, en fin, si las partes sociales no abarcan en su acuerdo todas las materias que han sido objeto de la consulta planteada por la Comisión.

A pesar de lo dicho, hay que tener en cuenta que la recepción del acuerdo en una norma comunitaria no es automática. El Consejo debe aprobarla por mayoría cualificada o por unanimidad, dependiendo de la materia objeto del acuerdo. Ésta es la clave de bóveda del entero sistema de negociación colectiva comunitaria. Que el Consejo decida por mayoría cualificada o por unanimidad si recoge finalmente el acuerdo colectivo en un instrumento vinculante, no significa otra cosa que sus efectos dependen en último extremo de la voluntad política y de oportunidad de los propios Estados (el Consejo se compone por un representante de cada Estado miembro de rango ministerial y adopta

sus acuerdos por mayoría cualificada de acuerdo al voto ponderado de los Estados miembros, previsto en el art. 205 CE).

Otra cuestión a determinar será qué ocurre cuando el Consejo no aprueba el acuerdo porque la propuesta de la Comisión que lo contiene no supera la votación por mayoría cualificada o por unanimidad, dependiendo de la materia. Ni el Tratado, ni la Comunicación de la Comisión de 1993, ofrecen, siendo una cuestión tan decisiva -en la medida en que la vinculatoriedad del acuerdo para las instituciones comunitarias depende de ello- respuesta alguna. Atendiendo a que el acuerdo social se elabora sobre la propuesta presentada por la Comisión, si ésta retoma el proyecto de propuesta y la somete a las reglas del art. 251 ó 252 CE, parece que, en principio, pudiera correr la misma suerte, no ser aprobado por el Consejo. En este sentido, la Comisión debe retirar la propuesta de decisión que contiene el acuerdo, y, en todo caso, plantear de nuevo la adopción de un instrumento legislativo en el ámbito en cuestión. Sin embargo, negar tal posibilidad, podría suponer que el acuerdo social llegara a condicionar la acción comunitaria propuesta por la Comisión en materia social hasta tal punto de que si no se aprueba por el Consejo, no se adopta el instrumento. Por el momento, no se ha planteado este problema, por lo que habrá que esperar a las soluciones que se arbitren cuando ello ocurra, sin perjuicio de apuntar la razonabilidad de la primera opción. Atendiendo a los términos del Tratado, parece que la Comisión sólo recupera su poder normativo cuando los interlocutores declinan la invitación de la Comisión para la negociación del acuerdo, cuando fracasa el acuerdo o cuando la Comisión deniega la extensión del acuerdo a través del instrumento comunitario por razones legales fundadas en el Tratado o por la carencia de representatividad acumulada, según se ha analizado. Desde la perspectiva de considerar el procedimiento normativo de adopción de normas comunitarias como un procedimiento de un solo canal que se inicia, a partir del acuerdo o del proyecto de propuesta de la Comisión, en el que la intervención de los interlocutores sociales se observa como una fase preceptiva del procedimiento de elaboración de normas comunitarias, si éste no concluye con la aprobación del Consejo, no hay razón para prever una vía alternativa de elaboración de la norma. En este

sentido, el procedimiento concluye sobre la base de un acuerdo colectivo o por la vía tradicional de adopción de instrumentos comunitarios a la que sólo se vuelve por falta de acuerdo o por razones de legalidad.

En definitiva, la iniciativa legislativa siempre permanece en manos de las instituciones comunitarias, también los efectos jurídicos que se le quieran dar al acuerdo colectivo; los interlocutores sociales, deciden el cauce que debe tomar el proceso legislativo, acuerdo colectivo o acción comunitaria heterónoma.

La primera vez que se utilizó el procedimiento del APS fue raíz de la Directiva 94/95/CE del Consejo de 22 de noviembre sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Finalizada la segunda ronda de consultas con un dictamen de los interlocutores sociales pero sin informe sobre su voluntad de iniciar el proceso que concluiría con un eventual acuerdo, el Consejo adopta la Directiva sin la intervención de los interlocutores sociales.

El Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995 entre la UNICE, CEEP y la CES se gestó en poco menos de un año cuando la Comisión el 22 de febrero de 1995 aprueba una decisión por la que pone en marcha el procedimiento de consulta previsto en el art. 3.2 del APS (actual art. 138.2 CE) y que dio lugar a la Directiva 96/34. En el plazo de seis semanas los interlocutores debían responder sobre la necesidad de adoptar una medida comunitaria sobre la conciliación entre la vida privada del trabajador y la profesional. El 21 de junio de 1995 la Comisión consulta a los interlocutores sociales sobre el contenido de la medida a adoptar. Los interlocutores disponían, esta vez, de un plazo de seis semanas, en la que debían decidir si emitían una recomendación o un dictamen, y de nueve meses en el caso de que decidieran celebrar un acuerdo colectivo. Esta última fue la opción de los interlocutores,

adoptando una decisión con la que solicitaban a la Comisión que paralizase su actividad legislativa sobre esta materia.

El segundo acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial fue más problemático en su negociación por la parte sindical que encontró una fuerte oposición del sindicato alemán DGB. Finalmente es firmado el 6 de junio de 1997 entre la UNICE, la CES y el CEEP y recogido por la Directiva 97/81, del Consejo. El tercer y último acuerdo marco entre la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada adoptado el 18 de marzo de 1999, ha sido aplicado a través de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio156.

La pobre, por escasa, regulación del régimen jurídico de la negociación colectiva en el marco comunitario, tanto en el APS como, actualmente, en el TCE, contrasta con la importante función que se atribuye a los interlocutores sociales en el proceso de elaboración de normas comunitarias en materia de política social. Su actuación, previa a la adopción de cualquier medida en este ámbito, desplaza a la acción pública comunitaria. Esta decisiva intervención de los agentes sociales no queda desvirtuada por la falta de eficacia directa del resultado de las negociaciones, los acuerdos colectivos autónomos que se aplicarán según los procedimientos y prácticas propias de los interlocutores sociales y de los Estados miembros. La relevancia de éstos y de los acuerdos reforzados mediante una decisión del Consejo, viene dada por las materias objeto de negociación.

Aparentemente, ni el art. 4 APS ni tras el TA, el art. 139 CE que lo reproduce, se hacen eco de la libertad de contratación que inspira cualquier proceso negociador que, en principio, podrá abarcar cualquier aspecto de las condiciones de trabajo157. Sin embargo, de lo que hasta el momento se lleva dicho es posible deducir que el poder normativo de los interlocutores sociales europeos está limitado materialmente por el

Tratado CE. En primer lugar, el principio de subsidiariedad, ya analizado, impide que los acuerdos colectivos europeos entren a regular aquellas materias en las que la Comunidad no tiene competencias, remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y el cierre patronal (art. 137.6 TCE); por otro lado, la Comunidad y, en consecuencia, los interlocutores sociales, comparten competencias respecto de los ordenamientos jurídicos de los singulares Estados. La posibilidad de concluir acuerdos resulta condicionada a la iniciativa normativa que sigue estando residenciada en las instituciones comunitarias, señaladamente en la Comisión, de modo que, serán éstas, quien, al fin, delimiten las materias objeto de negociación según los objetivos comunitarios que los Tratados definen.

El art. 139 CE ofrece alguna clave para la determinación de las materias negociables por los interlocutores sociales. En el apartado 2, referido a la aplicación de los acuerdos, se señalan dos posibilidades:

1.º) Que el acuerdo comunitario, en principio libre en cuanto a su contenido, se aplique conforme a los procedimientos y prácticas de los interlocutores sociales y los Estados miembros, sin intervención de la Comunidad en cuanto a su aplicabilidad.

2.º) Sólo en las materias del art. 137 y a petición conjunta de las partes firmantes del acuerdo, se puede solicitar a la Comisión que proponga al Consejo la adopción de una decisión de refuerzo de la eficacia del acuerdo. Esta decisión se adoptará por mayoría cualificada o por unanimidad en los ámbitos del apartado 3.º del art. 137.

A la vista de estas dos posibilidades, las partes sociales pueden negociar euro acuerdos independientes y reforzados en todas aquellas materias en las que la Comisión y el Consejo tengan competencias en el ámbito de la Política Social, sin perjuicio de que los primeros, al margen del diálogo social institucionalizado en el Tratado, puedan exceder de las competencias materiales previstas en el Tratado, abarcando cualquier

materia de interés para los interlocutores sociales.

Por lo tanto, siendo objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo adecuado y duradero y la lucha contra las exclusiones (art. 136 CE), tales objetivos resultarán también prioritarios para los interlocutores sociales. En la consecución de estos objetivos, la Comunidad (en la que se incluyen los interlocutores sociales como agentes activos de producción normativa) y los Estados miembros emprenderán acciones que tiendan a aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los sistemas sociales nacionales, sin perjuicio de que tales objetivos resulten del propio funcionamiento del mercado común (art. 136, in fine CE). Desde luego, los acuerdos colectivos reforzados mediante una decisión del Consejo, pero también los acuerdos colectivos autónomos aplicados por usos, prácticas y procedimientos propios de los interlocutores sociales y los Estados miembros, podrán incidir y colaborar en su consecución. Siendo objetivos compartidos por la Comunidad y los Estados es posible cualquier acción comunitaria de armonización por los procedimientos previstos en el presente Tratado (art. 136, in fine), incluido, por tanto, el diálogo social en cualquiera de sus formas.

En el art. 137.1 se delimitan los ámbitos en los que la Comunidad apoyará y complementará (principio de subsidiariedad) la acción de los Estados: la mejora del entorno de trabajo para proteger la seguridad y salud de los trabajadores; las condiciones de trabajo; la información y consulta de los trabajadores; la integración de las personas excluidas del mercado laboral; la igualdad en las oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo entre hombres y mujeres. En estas materias, el Consejo podrá adoptar directivas que contengan disposiciones mínimas de aplicación progresiva teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas normativos de los Estados miembros (principio de subsidiariedad). El Consejo decidirá por unanimidad por el

procedimiento de codecisión (a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al comité de las Regiones) en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión; condiciones de empleo de los nacionales de terceros países; contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo y disposiciones relativas al Fondo Social Europeo.

Las directivas armonizadoras en estas materias sólo podrán adoptarse por la vía del procedimiento previsto en el art. 251 y 137 del Tratado CE, por unanimidad o por mayoría cualificada, siempre que el proceso de consulta y negociación con los interlocutores sociales no concluya con éxito, bien porque las partes sociales no llegan a un acuerdo colectivo, bien porque exceden del período hábil de nueve meses para alcanzar un acuerdo, o de la prórroga acordada con la Comisión.

La Comisión está obligada a consultar a los interlocutores en el ámbito de la política social, por tanto en las materias contenidas en el Capítulo I del nuevo Título XI del TCE (arts. 136 a 145), antes de presentar sus propuestas, es decir, antes de iniciar el procedimiento de adopción de directivas del art. 137 CE.

La base jurídica que el Tratado ofrece a los acuerdos colectivos, ya sean éstos autónomos o reforzados por una decisión del Consejo, queda subordinada, a su vez, por las competencias que en el ámbito de la política social pueda ejercer la Comunidad. Si los interlocutores sociales llegaran a acuerdos fuera de los ámbitos contemplados en el Tratado se insertarían en el diálogo social informal, al margen del cauce jurídico ofrecido por el art. 139 CE al diálogo social. Ello es así porque no teniendo la Comisión competencias sobre estos ámbitos, no puede abrir el procedimiento de doble consulta, por lo que, los eventuales acuerdos que pudieran alcanzar las partes sociales fuera del

marco que ofrece el Tratado, se sitúan en el diálogo social no institucionalizado que hasta el APS venía desarrollándose en forma de dictámenes comunes, opiniones o acuerdos colectivos, pero sin encontrar fundamento en el Derecho originario.

Los interlocutores sociales podrán participar en los estudios, informes y dictámenes que emita la Comisión en estrecho contacto y cooperación con los Estados miembros en materias relacionadas con: el empleo, el Derecho del Trabajo y las condiciones de trabajo; la formación y perfeccionamiento profesional; la seguridad social; la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; la higiene del trabajo; el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores. La Comisión, en estas materias, tan sólo actuará como órgano consultivo y, en la misma medida, intervendrán los interlocutores (art. 140 CE).

Quedan también fuera del ámbito negocial por la vía de los acuerdos reforzados las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación y el derecho de huelga y cierre patronal (art. 136.6 CE), materias sobre las que el Consejo no tiene competencias armonizadoras. El art. 137.6 CE se pronuncia en el siguiente sentido «las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga y al derecho de cierre patronal». Por quedar excluidas estas materias de las competencias armonizadoras que la Comunidad asume en el art. 137, quedan fuera del ámbito negocial de los acuerdos reforzados por una decisión del Consejo.

Se ha sostenido que nada impide que los acuerdos independientes o autónomos que no necesitan de la intervención pública de la Comunidad y se aplican por los procedimientos propios de las partes sociales y los Estados miembros, puedan abordar estas materias de competencia exclusiva de los ordenamientos internos160. En la medida en que son los propios Estados quienes deciden, en colaboración con los

interlocutores sociales europeos, poner en práctica los acuerdos derivados del diálogo social y en que los acuerdos colectivos europeos autónomos no tienen una eficacia directa capaz de obligar a los Estados a asumir su contenido, los euro acuerdos podrán asumir materias de derecho colectivo y de remuneración, reconduciendo la competencia, por ejemplo al art. 140 CE (empleo, Derecho del Trabajo y condiciones de trabajo o el derecho de sindicación). A este argumento se añade que el art. 137.6 CE tan sólo excluye estas materias de las competencias armonizadoras del Consejo, sin perjuicio de que se puedan entender incluidas en el ámbito de la política social, campo en el que se desenvuelve el diálogo social institucionalizado en el Tratado.

Parece claro que en las materias en las que la Comunidad no tenga competencias, tampoco la tendrán los interlocutores sociales, al menos en la negociación de acuerdos que pretendan reforzarse a través de instrumentos comunitarios. El problema se reduce a los acuerdos comunitarios independientes o autónomos que se aplican según las prácticas y procedimientos que los Estados miembros y los interlocutores sociales utilicen. Es decir, su virtualidad depende de la capacidad de los propios interlocutores sociales, únicos sujetos obligados, para conseguir la asunción del mismo por las partes sociales nacionales. Superado esta primer problema aplicativo la eficacia del euro acuerdo incluido en un convenio colectivo o acuerdo marco nacional, dependerá, a su vez, del reconocimiento ad intra, en el sistema de fuentes nacional, del resultado de la autonomía colectiva. En este sentido y dada la falta de efectos directos o indirectos del acuerdo sobre los ordenamiento nacionales, no habría inconveniente en no supeditar el contenido del acuerdo colectivo comunitario autónomo a las competencias que sobre política social sean atribuidas a la Comunidad por el Tratado. Ahora bien, en la medida en que la intervención normativa de los interlocutores sociales, tanto en los acuerdos reforzados como en los desvinculados de cualquier instrumento comunitario, depende de la consulta que la Comisión efectúe sobre la posible orientación o el contenido de una acción comunitaria en materia de política social, el proceso del art. 139 CE (relaciones convencionales, acuerdos incluidos) tan sólo se abrirá cuando la Comisión decida

activar la consulta que, a su vez, sólo tendrá lugar en materias propias de su competencia. Es decir, la iniciativa legislativa comunitaria, ya sea por la vía de la adopción de directivas, de acuerdos reforzados o autónomos, está en manos de la Comisión y depende de las competencias que el Tratado le atribuya en materia de política social.

Las partes sociales podrán, en todo caso, llegar a acuerdos convencionales fuera de los ámbitos materiales en los que la Comisión tenga obligación de consultar, pero, estos acuerdos quedarán fuera del ámbito comunitario, no tendrán base jurídica alguna en el Tratado y se insertarán en el ámbito del diálogo social informal. Por lo tanto, sólo en los ámbitos de competencia de la Comunidad se camina sobre un terreno propiamente comunitario.

La integración del Protocolo Social y el APS en el Tratado CE y las novedades en materia de política social y empleo introducidas por el TA, abren nuevas perspectivas de participación de los interlocutores sociales en la conformación del espacio social europeo. El establecimiento de procesos coordinados en las políticas de empleo de los Estados miembros abre nuevas áreas de actuación al diálogo social, no sólo a nivel europeo, también nacional.

Ante las nuevas perspectivas abiertas, en la Comunicación de 1998 «Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria» (COM (1998) 322 final), la Comisión se propone desarrollar y ampliar la práctica de las consultas a nivel interprofesional a los interlocutores sociales representativos según la lista anexa al documento, relativas a los procesos de política social de los que no se ocupen las consultas formales con base jurídica en el art. 138 TCE, como por ejemplo los libros verdes.

Sobre este nuevo contexto para el diálogo social comunitario y la introducción del nuevo título sobre el empleo por el TA, el Consejo justifica la reforma del Comité de Empleo (Decisión de 24 de enero 2000) y el Comité permanente de empleo (Decisión 1999/207/CE del Consejo), derogando la Decisión 70/532/CEE163. La función del Comité será la de garantizar de manera permanente, la concertación y la consulta entre el Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales a fin de «permitir la contribución de los interlocutores sociales a la estrategia coordinada para el empleo y de facilitar la coordinación, por parte de los Estados miembros, de sus respectivas políticas en este campo, teniendo siempre presentes los objetivos económicos y sociales de la Comunidad tal y como están recogidos en las directrices para el empleo y en las orientaciones generales de política económica» (art. 2 Decisión 1999/207/CE del Consejo por la que se reforma el Comité permanente de empleo).

El reconocimiento de la autonomía colectiva y su resultado, el convenio colectivo como fuente del Derecho, constituye una materia reservada a las Constituciones de los Estados miembros. En el ámbito comunitario la ausencia de una Constitución plantea la necesidad de preguntarse sobre la naturaleza y el lugar que ocupa la contratación colectiva en un ordenamiento supranacional que, como el comunitario, se fundamenta en la cesión de soberanía por parte de los Estados para dar vida a un sistema institucional capaz de crear normas comunes a todos los ordenamientos jurídicos.

Se ha dicho que el originario art. 118B del Tratado CE (actual art. 139 CE) fue convenientemente discreto cuando se refirió por vez primera al diálogo social como estadio primitivo de la negociación, es decir, la comunicación y el encuentro entre los interlocutores sociales, prolongándose ese carácter reservado del Tratado al resultado del diálogo cuando señalaba que, si esa es la voluntad de los interlocutores, podían llegar al establecimiento de «relaciones contractuales»; cuando, en realidad, para formalizar un documento público que tenga valor de contrato, los interlocutores

privados, aun cuando estén dotados de una dimensión comunitaria, no necesitan de ninguna disposición especial: el derecho internacional de los contratos les otorga esa facultad desde hace mucho tiempo165. Sin embargo, hay que reconocer que el art. 118B, introducido por el AUE, dejó traslucir, en aquellos primeros momentos, la voluntad política de la Comunidad de ofrecer una base legítima a los protagonistas sociales europeos. El diálogo social se encuentra actualmente más cerca de comprender todos los tipos de concierto entre empleadores, sindicatos y Comunidad, que las meras relaciones contractuales previstas inicialmente por el AUE, incluyendo el denominado diálogo social autónomo o informal, fuera de los organismos participativos a nivel interprofesional y sectorial.

Los interlocutores sociales han pasado a ser los principales diseñadores de la política social de la Unión, ya sea a través de los acuerdos colectivos autónomos o independientes, con todos los problemas aplicativos que de ellos se derivan, ya sea incluyendo el contenido del acuerdo en un instrumento normativo comunitario que lo recibe y lo dota de relevancia para el ordenamiento comunitario, de eficacia general; pero, a pesar del papel trascendente que se ofrece a los agentes sociales no puede afirmarse hoy que el acuerdo colectivo europeo, tras la asunción por el TCE del contenido del APS, tenga la consideración de fuente material de producción de normas, sustitutiva o incluso concurrente, con las fuentes heterónomas del Derecho Comunitario, señaladamente, el reglamento y la directiva. La autonomía colectiva de las partes sociales y su resultado, el acuerdo colectivo europeo, no está dotada de capacidad normativa para desplazar a los órganos comunitarios de producción jurídica, el Consejo y la Comisión y sus productos normativos cuya intervención es decisiva; tampoco a los Estados miembros o los empresarios y trabajadores cubiertos por el ámbito del convenio, su capacidad depende de la norma comunitaria que asume su contenido.

En este sentido, y por el momento, no resulta posible establecer un sistema de negociación colectiva de alcance comunitario desvinculado de los márgenes

competenciales del Tratado y de las instituciones públicas de la Comunidad, capaz de vincular jurídicamente a los Estados y a sus ordenamientos. Tal pretensión desbordaría la concepción tradicional de los sistemas negociales europeos hasta el punto de crear un ordenamiento supranacional de origen contractual dotado de los caracteres del Derecho Comunitario, primacía y superioridad sobre los ordenamientos nacionales. En realidad el poder de los interlocutores sociales en el proceso conformador de la política social se limita a intervenir en el proceso de elaboración normativa y vincular a las instituciones comunitarias: a la Comisión, en la obligación de tramitar el acuerdo y pasarlo al Consejo, y a éste, en someterlo a votación. El acuerdo colectivo comunitario encuentra límites materiales y competenciales, los derivados de las competencias comunitarias, fundamentalmente, los que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y, en último extremo, límites políticos, en la medida en que su eficacia jurídica depende más del voluntarismo político del Consejo, y, por tanto, de consideraciones de oportunidad política, que de los efectos que pueda desplegar la autonomía colectiva de los agentes sociales europeos.

Desde esta perspectiva es posible afirmar que no existe mejor fórmula para garantizar el respeto a las tradiciones sindicales y negociales de los Estados miembros que la prevista en los arts. 138 y 139 CE; sobre todo en la medida en que los Estados miembros sigan considerando que la materia sindical y de negociación colectiva, en definitiva sus sistemas de relaciones laborales, deben quedar fuera del ámbito de competencias armonizadoras de la Comunidad.

Con carácter previo a abordar las distintas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos europeos, conviene diferenciarlos de los negociados en el seno de empresas y grupos de empresas a nivel comunitario. Éstos son acuerdos a nivel europeo que, en su caso, derivarán del derecho secundario, mientras que los acuerdos del art. 139 CE son el resultado del ejercicio del poder normativo de la Comunidad a través de unos singulares sujetos interpuestos, los interlocutores sociales. En este sentido, los acuerdos colectivos transnacionales de empresas europeas pueden

ser asimilados a los acuerdos y convenios de empresa de los ordenamientos jurídicos estatales169, si se prefiere, auténticos convenios colectivos de ámbito internacional.

El concepto de diálogo social utilizado por los textos normativos de la Comunidad, se caracteriza por poseer cierta ambigüedad. El Tratado ni define ni concreta lo que se deba entender por diálogo social, por lo que resultará más operativo mantener una acepción amplia, que abarque las diferentes experiencias de concertación y negociación que tienen lugar en la Unión Europea.

Por lo que respecta a la negociación colectiva europea, como expresión del diálogo social en el sentido de los arts. 138 y 139 CE, se ha intentado recurrir a la diferente terminología utilizada en el originario art. 118.B del Tratado, introducido por AUE, cuando se refería a «relaciones contractuales» y la utilizada posteriormente en el art. 4 APS, cuando hace referencia a los «acuerdos» (actual art. 139 CE), y a su colocación sistemática entre las disposiciones contenidas en el APS, para concluir que solamente los acuerdos y no las relaciones contractuales pueden conducir al procedimiento integrado y disciplinado en los arts. 3 y 4 APS (arts. 138 y 139 CE). En este sentido, se ha definido a los acuerdos colectivos comunitarios como expresión de un poder de reglamentación de las partes sociales institucionalizado en las condiciones definidas en los arts. 3 y 4 APS, confiriendo a las relaciones contractuales una naturaleza jurídica inferior, referida a todos aquellos pactos o acuerdos entre las partes sociales europeas que se limitan a crear la premisa para la estipulación de los futuros acuerdos.

Esta línea argumental parte de la consideración de que la intervención de los agentes sociales en la actividad normativa de la Comunidad se encuentra por debajo de los niveles «normales» de concertación, en lo que se ha llamado «concertación mínima», en el sentido de que las instituciones comunitarias no asumen un compromiso

directo, ni aprueban formalmente lo pactado, salvo que las partes sociales así lo soliciten, pues la Comunidad «cede la regulación de un tema a los euroacuerdos, o respalda con una decisión el compromiso que ambas partes le presentan a posteriori». Sin embargo, no resulta posible acercar el diálogo social comunitario a la concertación social en la medida en que el procedimiento de negociación, la consulta e información, y, en definitiva, las relaciones entre los interlocutores sociales y la Comisión, están determinadas y reguladas en el Tratado CE y de alguna forma reglada. Por otro lado, la concertación es un advenimiento que no presupone continuidad, es decir, se limita en el tiempo y se materializa en un resultado concreto, aislado; mientras que el diálogo social puede existir sin necesidad de llegar a un acuerdo. Otro argumento que desvirtúa la tesis de la concertación social es que en la negociación colectiva europea no existe, como ocurre en los fenómenos de concertación social, voluntad institucional de ceder parcelas de negociación a tres bandas con el fin de que el producto, la legislación negociada o acuerdo, alcance mayor legitimidad democrática.

La asunción por el Tratado CE del contenido del APS ha traído consigo la articulación de nuevas formas de legislar en materia social donde la intervención de los interlocutores sociales es determinante y, en su caso, exclusiva. El diálogo social se ha instalado en la conformación del Derecho comunitario, como una fase más, de cumplimiento preceptivo, en el proceso de regulación normativa en materia social, cuyo resultado, el euro acuerdo, y su carácter vinculante dependerá del refuerzo del instrumento comunitario del reglamento, la directiva o la decisión, o de los sujetos sociales nacionales de los Estados miembros, de los ordenamientos jurídicos internos y de la virtualidad que a los euro acuerdos ofrezcan la negociación colectiva y a la intervención estatal para procurar su cumplimiento. Todo lo que quede fuera del Tratado y de las formas institucionalizadas de diálogo social podrá calificarse sin problemas como concertación social o, tal y como se ha visto, diálogo social informal.

La tesis que ofrece un significado netamente jurídico a los acuerdos adoptados entre los agentes sociales parte de la consideración de que el diálogo social ha traído consigo una nueva fuente de producción de normas comunitarias, la fuente negocial, que se une al resto de fuentes normativas previstas en el Tratado, los reglamentos, las directivas y las decisiones. En este sentido, el reconocimiento del contrato colectivo en el ordenamiento jurídico comunitario comporta una atribución de competencias directas en materia social a las organizaciones sindicales y representa, en consecuencia, la valoración de la autonomía normativa de las mismas sobre tres planos distintos: como poder de establecimiento de relaciones negociales; como poder de conclusión de acuerdos y como poder para la aplicación de los acuerdos concluidos, eligiendo, libremente, el procedimiento más idóneo para ello.

Sin embargo, dentro de esta posición, se ha negado el reconocimiento a la autonomía colectiva en los supuestos en los que el acuerdo recurre a la intervención del Consejo para garantizar la eficacia del pacto social, en la medida en que la autonomía colectiva excluye la necesidad de ulteriores intervenciones de carácter heterónomo relativas a la eficacia del acuerdo negociado entre las partes.

Sin embargo, hay que tener presente que en ningún país Europeo se reconoce autonomía negocial a las partes sociales hasta el punto de vincular al propio Estado en materia de política social, menos aun cuando son 15 Estados a los que hipotéticamente vincularía el acuerdo autónomo o independiente. Para ello, se necesita la intervención o si se quiere, la recepción o aceptación del acuerdo, por las instancias legitimadas para ello, el Consejo y la Comisión, que deciden, mediante una directiva comunitaria, reglamento o decisión, vincular a la Comunidad en los contenidos del acuerdo, igual que ocurre con los ordenamientos internos donde este papel lo juega la ley.

En todo caso, si bien hay que reconocer al acuerdo colectivo europeo un carácter

jurídico concreto, más allá del mero pacto entre caballeros, parece que haya que distinguir, en principio, entre los acuerdos recibidos y aplicados en los Estados miembros a través de una decisión del Consejo y los euro acuerdos autónomos que tienen virtualidad al margen de la intervención de las instituciones comunitarias.

La interpretación de lo que se haya de entender por el sentido del término «decisión» utilizado en el actual art. 139 CE según el cual «la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará... en los ámbitos sujetos al art. 137, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión», decidiendo por mayoría cualificada o por unanimidad en los ámbitos contemplados en el art. 137.3 CE, resulta de especial importancia, por cuanto la eficacia del acuerdo derivará del instrumento normativo comunitario que acoja al acuerdo colectivo.

Las dos opciones interpretativas se sitúan entre reconocer un significado técnico al término decisión y aquella que considera que por decisión hay que entender cualquier manifestación jurídica del Consejo, señaladamente las directivas. Según la opción que se adopte sobre la interpretación del término decisión, el procedimiento legislativo en materia social será también diverso.

Si se entiende el término decisión en el sentido técnico del art. 249 CE: «la decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios», ésta constituiría una vía indirecta de aplicación del acuerdo adoptado entre los interlocutores sociales a través de la cual se garantiza la eficacia y la obligatoriedad del mismo. El problema se centra ahora en determinar, a quién va dirigida la decisión del Consejo. Si la decisión del Consejo se dirige a los Estados miembros, su eficacia será erga omnes en la medida en que los Estados deben adoptar las medidas legislativas oportunas para cumplir el mandato de la decisión. Otra corriente de defensores de la interpretación

técnica del término decisión defiende que los destinatarios de la decisión, no serán los Estados miembros sino «los trabajadores y empresarios afiliados a las organizaciones firmantes, especialmente los empresarios». Arranca esta postura de la dificultad de entender como directos destinatarios de la decisión a los Estados, pues ello supondría reconocer una representatividad a los actores sociales europeos de la que carecen, ofreciendo trascendencia jurídica a un pacto social que provocaría situaciones de desequilibrio entre poderes, colocando en una situación demasiado novedosa y privilegiada al euro acuerdo, difícil de asumir en la situación actual.

Para superar los obstáculos derivados de la falta de aplicación de los acuerdos reforzados por la decisión a los trabajadores no afiliados a las organizaciones firmantes del acuerdo, que quedarían fuera de la cobertura del mismo, se ha argumentado que los sujetos destinatarios de la decisión comunitaria sean los trabajadores y empresarios operantes en el ámbito del sector al cual la decisión, y por vía indirecta, el acuerdo, se refiere, prescindiendo del requisito de la afiliación sindical. La determinación de los sujetos destinatarios de la decisión podría alcanzar, según esta tesis, a todos los trabajadores y empresarios de la Comunidad, susceptibles de integrar una unidad de negociación.

Entiende esta postura, que el reforzamiento del euro acuerdo a través de una decisión comunitaria radica en ofrecer eficacia normativa al acuerdo comunitario, por lo que, tanto si la decisión incorpora el acuerdo, como si actúa mediante un reenvío formal, la consideración de fuente comunitaria lo es por la intervención de la decisión misma, pero sin que en ningún caso se otorgue al acuerdo comunitario en sí mismo, eficacia erga omnes para todos los trabajadores y empresarios del ámbito negocial.

Esta primera interpretación parte de que no pueda asumirse que el término decisión del actual art. 139.2 CE tenga otro sentido que el de un instrumento distinto a

aquel de derecho derivado que coincide con la decisión. En otras palabras, si el Tratado consagra diversos tipos de normas, la decisión entre ellas, la mención del APS y actual art. 139.2 CE se identifica con el de decisión como norma jurídica reconocida en el Tratado. Sin embargo, incluso para los defensores de esta tesis, extraña que se haya recurrido a la decisión para reforzar los euro acuerdos en la medida en que sólo vinculan a los destinatarios señalados en la misma. Algún autor ha querido ver en la decisión un tipo de acto comunitario sui generis, sin carácter obligatorio, que no crea derechos y obligaciones ni para los Estados ni para las instituciones comunitarias, al estilo de una orden de aplicación del pacto a los Estados miembros a través de las vías que en cada caso correspondan.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que si la decisión comunitaria viene a reforzar en algo al euro acuerdo será para ofrecerle una eficacia que garantice la aplicación generalizada a todos los trabajadores y empresarios a los que se le quiera aplicar la medida comunitaria, y la decisión no cubre tales objetivos. Además, si sobre las materias contendidas en el 137 CE la intervención típica de la Comunidad es la directiva, será ésta también, el reglamento o la decisión cuando el Tratado así lo establezca, el instrumento comunitario a través del cual se refuercen los euro acuerdos. Los euro acuerdos avalados por decisiones del Consejo apoyan esta interpretación, en la medida en que han sido directivas las que han acogido los tres acuerdos intersectoriales firmados entre los interlocutores sociales, sobre permisos parentales, tiempo parcial y duración temporal del contrato.

Por otro lado desde una perspectiva terminológica, hay que valorar el dato de que la formulación textual del art. 4.2 APS, actual art. 139 CE, induce a pensar en la utilización del término en un sentido atípico. Mientras en la versión inglesa, española, francesa, italiana y portuguesa se adopta el término decisión; en la versión alemana, holandesa o escandinava, se utiliza el término deliberación (Beschlungs) más amplio que el de decisión, prueba importante a favor de la tesis de la aticipidad del acto jurídico

comunitario.

La conclusión de mayor relevancia que se extrae de la tesis que considera el término decisión en sentido técnico, es la de que el reforzamiento del euro acuerdo a través de la decisión, no viene a transformar a éste en Derecho derivado. La naturaleza de fuente comunitaria debe ser referida a la decisión del Consejo, en la medida en que el acuerdo concluido entre las partes sociales permanece extraño a la esfera del Derecho comunitario. Para esta postura, el acuerdo reforzado tiene la misma naturaleza que los acuerdos independientes o autónomos que se aplican mediante las prácticas y procedimientos propios de los interlocutores sociales y los Estados miembros, a los que no se reconoce autonomía colectiva.

En la medida en que se reconozca que el hecho de que el acto comunitario haga suyo el contenido del acuerdo no lo desnaturaliza, pues el pacto viene integrado en el acto comunitario como un acto distinto, habrá que concluir en que la función de la directiva es de pura recepción. El complemento que ofrece el acto normativo del Consejo al acuerdo nace de la decisión de los interlocutores sociales que son los que convienen en que los acuerdos adoptados alcancen mayor eficacia, reforzados por la norma comunitaria, pero el euro acuerdo es un instrumento independiente que surtirá los efectos que el Tratado ha previsto para ellos al margen de la decisión comunitaria, los derivados de las prácticas y procedimientos nacionales.

Cuando los interlocutores sociales deciden otorgar una eficacia jurídica vinculante capaz de influir sobre los ordenamientos jurídicos nacionales acudirán a la norma comunitaria; el acuerdo se integrará, en este caso, en el proceso de elaboración de la directiva en materia social asimilándose a la denominada legislación negociada en los Estados Miembros. Esto viene a significar que si el Consejo no aprueba el acuerdo por mayoría cualificada, o por unanimidad, en su caso, éste no adquirirá el efecto de las

normas jurídicas de la Comunidad, supranacionalidad y supremacía sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Al acuerdo le quedará entonces el valor residual que el Tratado ofrece a los euro acuerdos independientes, la eficacia contractual que los sujetos firmantes puedan ejercer sobre sus federados y confederados. Es decir, los interlocutores sociales deberán reconducir la aplicación de los acuerdos a la vía del art. 139.2 «aplicación según las prácticas y procedimientos propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros». Este tipo de acuerdos tendrá una eficacia diferida y dependiente de la voluntad política de los Estados miembros que los decidan acoger mediante cualquier instrumento normativo o del valor normativo o contractual que tales ordenamientos ofrezcan a la negociación colectiva y su producto, una vez que las partes sociales a nivel nacional, asociaciones empresariales y sindicatos, decidan asumir el euro acuerdo y transponerlo al ordenamiento interno a través de sus propios sistemas convencionales.

En este sentido, la Declaración al apartado 2 del art. 139 del acta final del TA es determinante cuando establece «Las Altas Partes Contratantes declaran que la primera modalidad de aplicación de los acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a escala comunitaria -a la que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 139 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea- consistirá en desarrollar el contenido de dichos acuerdos mediante negociación colectiva y con arreglo a las normas de cada Estado miembro, y que, por consiguiente, dicha modalidad no implica que los Estados miembros estén obligados a aplicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transposición de los mismos, ni a modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución».

No vinculando a los Estados, la eficacia del acuerdo colectivo europeo queda abandonada a la suerte de la regulación que en cada Estado miembro se haga de la negociación colectiva. La internalización y su efecto jurídico diferido, dependerá de la contratación colectiva de cada sistema convencional que haga propios los contenidos

del acuerdo.

La eficacia limitada de estos acuerdos supone el reconocimiento más evidente del respeto de la Comunidad a la diversidad de sistemas nacionales de negociación colectiva y a la imposibilidad no sólo jurídica sino, fundamentalmente política, de declarar obligatorios acuerdos en materia de política social en cuya elaboración no intervienen los Estados miembros. Quizá la finalidad de reconocer a los acuerdos autónomos o independientes una eficacia jurídica obligatoria limitada a los sujetos firmantes del acuerdo y, en todo caso, a los afiliados o confederados a los mismos -capaz de generar, tan sólo, una responsabilidad intraasociativa en caso de no recepción por los interlocutores nacionales confederados- sea la de allanar el terreno para una posterior acción comunitaria en la materia, sensibilizando por vía convencional a los interlocutores sociales nacionales e, indirectamente, a los empresarios y trabajadores a los que se les aplicará el acuerdo.

Se ha destacado por algún autor el hecho de que el ordenamiento comunitario no puede solucionar por sí mismo el problema de la eficacia de la contratación colectiva europea. Asignar el papel de fuente normativa a los acuerdos comunitarios libres o autónomos supondría alterar los equilibrios constitucionales de la contratación colectiva en algunos Estados miembros. Sin embargo, este argumento resulta poco convincente en un sistema jurídico supranacional como el comunitario que, de hecho, se sustenta sobre ese resultado. En este sentido, no resultaría extraño que el convenio colectivo europeo tuviera la capacidad jurídica para vincular a los interlocutores sociales nacionales, que, por obra del Derecho Comunitario, vendrían obligados a asumir sus contenidos, a semejanza de lo que acontece con las directivas o los reglamentos en relación con los ordenamientos jurídicos nacionales. Resulta más acertado, desde esta perspectiva, destacar la dificultar real y jurídica de plantear para los euro acuerdos la misma eficacia que deriva de la naturaleza normativa de los instrumentos comunitarios sobre los ordenamientos de los Estados miembros, supremacía y efecto directo. La

diferencia entre aceptar relaciones normativas de supremacía entre el Derecho Comunitario y los Estados miembros, y entre éstos y la negociación colectiva europea, estriba, nada más y nada menos en que el Derecho Comunitario se forma a través de la intervención política de los propios Estados miembros a los que las normas y políticas comunitarias se dirigen, representados en el Consejo; por el contrario, el convenio colectivo, deriva del diálogo continuado, productivo o no, entre los interlocutores sociales ajenos al poder estatal e incapaz, en términos jurídicos, de vincularlo.

La virtualidad del art. 4 del APS (actual art. 139.2 TCE en la versión consolidada del TA) descansará, pues, sobre el reconocimiento al convenio colectivo europeo independiente de una eventual eficacia contractual, vinculante para los sujetos firmantes y sus representados. Negada su naturaleza autónoma de fuente generadora de normas, en todo caso, diferida a la asunción del acuerdo por el ordenamiento comunitario o a los ordenamientos normativos o convencionales implicados; sin embargo, su capacidad para generar tal efecto no queda en entredicho. Un euro acuerdo negociado por los interlocutores sociales europeos y asumido por los sujetos colectivos nacionales legitimados para negociar en los Estados miembros, alcanzará, indirectamente, ni más ni menos, que el valor jurídico que a la negociación colectiva interna le ofrezca el Estado. Al acuerdo colectivo europeo no se le puede otorgar mayor fuerza vinculante que la propia del convenio colectivo en cada ordenamiento. Sus naturales destinatarios serán las asociaciones empresariales y sindicatos, en fin los legitimados internamente para negociar a nivel nacional. El euro acuerdo asumido internamente por la negociación colectiva quedaría sometido a la ley nacional en una relación de jerarquía o, incluso, de concurrencia con convenios colectivos ya negociados en el ámbito interno, resolviendo el conflicto los principios nacionales vigentes en cada Estado.

En todo caso, el art. 139.2 TCE y la declaración contenida en el acta final sobre el art. 139, no determina una inactividad absoluta por los Estados Miembros. Se declara

que no existe una obligación de aplicar dichos acuerdos de forma directa, de tal modo que es posible exigir del Estado una obligación promocional o indirecta en la aplicación de los mismos, por ejemplo de estímulo y apoyo a los interlocutores sociales nacionales para que transpongan dichas medidas en los convenios colectivos internos.

Queda sin solucionar, el complejo problema de qué ocurre en aquellos ordenamientos donde el convenio no goza de una eficacia personal general. En estos casos, y a la vista de esta declaración, tampoco el Estado se encuentra obligado a garantizar la aplicación del euro acuerdo, por ejemplo, a través de normas de contenido dispositivo o de actos de extensión, al menos de forma directa.

Ya se ha señalado que el convenio colectivo europeo ordinario o independiente tiene la virtualidad de contener hasta quince eficacias jurídicas distintas, las que los Estados ofrezcan a la negociación colectiva. En nuestro ordenamiento la fórmula más coherente para trasponer euro acuerdos autónomos es la de un acuerdo marco de los previstos en el art. 83 de la LET entre las organizaciones empresariales y de trabajadores más representativas a nivel estatal o, en su caso convenios de sector, si así lo requiere la materia negociada en Europa.

Se ha enfatizado por algún sector, lo inaceptable de esta situación destacando que los innumerables problemas que aquejan a la negociación colectiva europea derivan de la falta de un pronunciamiento del Tratado que ayude a superar la inseguridad jurídica creada desde el APS. Se señala que ni la praxis sindical, ni las instituciones comunitarias, pueden resolver los problemas legales de la representación de los agentes negociales a nivel comunitario o la diversidad de las soluciones adoptadas en cada uno de los países a fin de asegurar la eficacia de los contratos y las diferentes interpretaciones con las que un mismo texto será leído en los diferentes países. Se ha afirmado, en esta línea, que en la medida en que los acuerdos autónomos no aseguran la

recepción de los mismos en todos los países comunitarios, ni los acuerdos comunitarios, ni los acuerdos nacionales que recepcionen sus contenidos, participan de la característica fundamental del Derecho Comunitario: prevalecer sobre el derecho interno y asegurar por tal vía la uniformidad de su aplicación. Sobre estos fundamentos se niega la naturaleza de fuente del Derecho Comunitario.

Ciertamente, resulta sorprendente la escasa regulación que ofreció el APS cuando, por primera vez, estableció la posibilidad de desplazar por vía convencional la acción normativa del Consejo. De la manifestación de que de la voluntad de las partes sociales se puede llegar al establecimiento de relaciones convencionales, se pasa directamente a la aplicación del acuerdo, a su eficacia jurídica.

Sin embargo, alguna virtualidad hay que ofrecer a este tipo de acuerdos, quizá no el carácter de fuente del Derecho Comunitario que dé lugar a normas vinculantes a este nivel, pero, sí pueda pensarse en una eficacia meramente obligacional. En este sentido, el acuerdo europeo que pueda surgir del diálogo social, no alcanzaría los mismos efectos que una directiva o un reglamento, para esto existen los acuerdos reforzados, pero sí constituiría una fuente de obligaciones entre las partes con efectos particulares, aquéllos que el Tratado prevé, limitados a los representantes en la negociación y a los representados por éstos, las asociaciones de empresarios y sindicatos de trabajadores federados o confederados a las mismas que recogerán los términos del acuerdo en sus ordenamientos internos de acuerdo con sus prácticas nacionales. Sin embargo, no es posible apoyar en el Tratado ningún efecto vinculante para los agentes sociales nacionales, ni menos aún para los empresarios y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del euro acuerdo.

La última opción consiste en atribuir a los acuerdos colectivos europeos la naturaleza de meros contratos o pactos suscritos entre los sujetos representativos, a los

cuales se reconoce una aptitud para asumir efectos cogentes por la vía de su recepción por los convenios colectivos nacionales o las normas comunitarias. Sin embargo, el tratamiento de meras recomendaciones o declaraciones de intenciones de los interlocutores sociales no requiere ningún reconocimiento por el Tratado, ni por ninguna norma comunitaria. Este es un efecto derivado de la voluntad de los interlocutores o de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo sobre el origen convencional de las directivas sociales. Lo que los arts. 138 y 139 del Tratado reconocen no es más que un procedimiento consensuado de elaboración de normas sociales.

El convenio colectivo europeo se caracteriza por insertarse en el procedimiento de producción normativa de la Unión Europea con carácter preceptivo y, en cierto modo, vinculante, en el sentido de que si los agentes sociales optan por negociar un acuerdo, limitan el poder normativo de la Comisión y el Consejo, que deben dirigir su actividad a la aprobación del acuerdo social. El Tratado ha procedimentalizado el diálogo social como una fase previa en la consulta y en la decisión sobre el origen pactado de la norma comunitaria, de obligado cumplimiento. En el nuevo procedimiento normativo, la Comisión, mantiene la iniciativa legislativa y el Consejo, como órgano legislativo, su capacidad decisoria en la medida en que la propuesta social debe superar la votación final de conjunto para alcanzar efectos de alcance comunitario.

La fase de consulta preceptiva sobre la posible orientación de la acción comunitaria en materia social y la iniciación del proceso del art. 139 Tratado CE, que puede conducir al acuerdo, permite a los agentes sociales europeos decidir sobre el origen convencional o heterónomo de las directivas en materia social. En este último caso, el acuerdo no pierde su funcionalidad, pudiendo ser aplicado según las prácticas y procedimientos propios de los interlocutores sociales, dependiendo del margen de representatividad que obtengan de las partes sociales nacionales. Sin embargo, salvo que el acuerdo no supere la mayoría cualificada o la unanimidad en el Consejo, el hecho de que los interlocutores sociales hayan decidido aplicar el acuerdo al margen de

cualquier instrumento comunitario, no significa otra cosa que su voluntad es que el acuerdo colectivo no alcance eficacia general. Por tanto, pretender buscar una eficacia general al acuerdo autónomo resulta un esfuerzo inútil por cuanto está en manos de los propios sujetos negociadores dotar al acuerdo de eficacia general erga omnes, no sólo para todos los trabajadores y empresarios que caigan en su ámbito, sus efectos normativos, cuando son asumidos por una directiva, alcanzan a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El Tratado ofrece las bases jurídicas y los instrumentos adecuados para que los acuerdos colectivos, sean independientes, sean reforzados, entren a conocer y regular materias que son competencia de la Comunidad, y que sin esa delegación normativa del Tratado quedarían dentro de los márgenes competenciales de las instituciones comunitarias.

Los problemas de determinación de la eficacia y aplicación del acuerdo colectivo europeo son una muestra clara de las dificultades y límites que presenta el Derecho comunitario para recibir un auténtico derecho a la autonomía colectiva y elevar el resultado de la misma, los convenios colectivos de trabajo, al ámbito comunitario, donde la diversidad de ordenamientos jurídicos, por un lado, y la reticencia de los Estados para permitir que sujetos privados determinen fuera de sus fronteras un eventual derecho social convenido a escala comunitaria, por otro, impiden, al menos por el momento, reconocer eficacia normativa directa a los acuerdos colectivos europeos y, por tanto, plantearse la efectividad de convenios colectivos comunitarios dedicados a regular condiciones de trabajo y empleo en sectores o empresas de alcance comunitario.

De este modo, la vía procedimental prevista en el art. 139 Tratado CE por la que el acuerdo colectivo es asumido por una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión garantiza la diversidad de los sistemas nacionales y de sus sistemas de

negociación colectiva que seguirán definiendo la eficacia de sus convenios colectivos, al tiempo que ofrece una utilidad funcional a la voluntad negocial de los interlocutores sociales.

La participación social europea y la función normativa de las partes sociales institucionalizada en el Tratado CE es asumida por el Derecho Comunitario a partir de la consideración de la autonomía colectiva como derecho fundamental y como principio de Derecho Comunitario de las partes sociales a participar en el proceso normativo de la política social europea. El Derecho Comunitario ofrece, tras el Tratado de Amsterdam, sustantividad propia y autonomía a la contratación colectiva de dimensión comunitaria, consagrando un verdadero derecho fundamental de participación social europea198. Este reconocimiento permite que las partes sociales puedan oponer ante el TJCE cualquier limitación que sufra el derecho institucionalmente reconocido de participar en el proceso de producción normativa del Derecho comunitario a través del recurso de anulación del art. 230 TCE o el recurso por omisión del art. 232 TCE.

A pesar de la importante función en la definición del espacio social europeo que el Tratado ofrece a los interlocutores sociales, la falta de reconocimiento de una eficacia jurídica directa a los acuerdos colectivos determina que éstos no incidan, al menos directamente, sobre las relaciones de trabajo que pretendan disciplinar. Una eficacia erga omnes en tal sentido no puede extraerse de la naturaleza del acuerdo y requiere una explícita previsión en tal sentido, a semejanza de lo que ocurre en los ordenamientos internos. El Derecho comunitario no lo hace, por el contrario, está muy lejos de reconocer eficacia normativa vinculante a los euro acuerdos; la disciplina de las condiciones de trabajo pactadas viene realizada por obra del derecho contractual colectivo interno, y, por tanto, diferida a los ordenamientos nacionales. Es más, abundando sobre esta idea y partiendo de esta realidad, es posible afirmar que el acuerdo colectivo europeo, tal y como queda configurado en el Tratado CE no está destinado a disciplinar relaciones de trabajo, función típica del convenio colectivo. Las

materias sobre las que los interlocutores sociales pueden concluir acuerdos colectivos en el sentido de los arts. 138 y 139 Tratado CE pertenecen al ámbito de la política social comunitaria en la que la Comunidad y los Estados miembros emprenderán acciones «en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales» (art. 136 Tratado CE) y de las que quedan excluidas expresamente las remuneraciones (art. 137.6 Tratado CE), materia preferente en cualquier sistema de negociación colectiva.

La función reconocida a los agentes sociales en la Comunidad es la de participar a través de un singular procedimiento de consulta y negociación en el proceso normativo de conformación de la política social comunitaria, pero no la de conformar un sistema de negociación colectiva europea de condiciones de trabajo de los trabajadores y empresarios de la Comunidad. Ni el APS ni el Tratado pretenden crear un ámbito supranacional de negociación colectiva laboral de condiciones de trabajo a semejanza de los convenios colectivos nacionales. Esta conclusión determina que de los euro acuerdos sólo se derive una vinculación para los Estados miembros, destinatarios naturales de los mismos, cuando sean acogidos por una decisión del Consejo, por lo que, sólo cuando el contenido de los acuerdos entre las partes sociales entre de lleno en las competencias de la Comisión podrán devenir vinculantes. En la medida en que las materias del art. 137 TCE responden a líneas y políticas de actuación que sólo se pueden conseguir a través de la actuación normativa estatal, incluida la negociación colectiva nacional cuando ofrezca garantías para alcanzar los resultados fijados en la directiva comunitaria (art. 137.4 TCE), son los Estados los directos destinatarios de un acuerdo reforzado. También de los acuerdos autónomos, dejando en manos de los sistemas nacionales de relaciones laborales la aplicación del acuerdo. Del mismo modo, cuando el acuerdo no se encuentre entre las competencias comunitarias tendrá el valor de una mera recomendación de los interlocutores sociales europeos, al estilo de los dictámenes y declaraciones comunes, sin preeminencia sobre las normas de Derecho interno, incluidos los convenios colectivos.

Uno de los problemas jurídicos principales a los que se enfrenta la negociación colectiva transnacional europea es, tal y como se acaba de señalar, la del fundamento normativo del contrato colectivo europeo de empresa. Ya se ha destacado que los convenios colectivos de empresa a nivel europeo no son resultado del parcial reconocimiento de la autonomía negocial colectiva reconocida a los interlocutores sociales europeos en el diálogo social institucionalizado en el Tratado.

Sin embargo, el Derecho comunitario ha conocido alguna tímida experiencia en la conformación de un sistema europeo de relaciones laborales. El proyecto que, sin embargo, nunca vio la luz, de Estatuto sobre Sociedades Anónimas Europeas establecía reglas para la negociación colectiva en las sociedades multinacionales europeas. Sobre la construcción de este hipotético sistema negocial transfronterizo a nivel europeo se señala en el proyecto que las partes negociadoras serían la propia Sociedad Anónima y los sindicatos representados en los centros de trabajo de la misma, haciendo uso de su capacidad negocial conforme a la legislación nacional. El convenio colectivo regularía condiciones de trabajo individuales con una naturaleza normativa o contractual, pero con eficacia personal limitada a los sujetos representados en la mesa negociadora, es decir, a los afiliados a los sindicatos. Para los trabajadores no afiliados se necesitaría una adhesión expresa a través del contrato individual. La falta de un estatuto marco regulador en el ámbito comunitario de los convenios transnacionales europeos determina que la legislación aplicable a este tipo de acuerdos pudiera venir establecida, dada la naturaleza contractual de los convenios colectivos, por la aplicación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que consagra la regla de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable. Sin embargo, esta es una vía cerrada por el Convenio que excluye de su ámbito de aplicación a los convenios colectivos.

Los esfuerzos para intentar encontrar un base jurídica sobre la que fundamentar

la existencia de convenios colectivos transnacionales ha conducido a apoyar en el Derecho internacional el reconocimiento de una autonomía colectiva supranacional. En este sentido, se ha apuntado que el Convenio n.º 87 de la OIT prohíbe en su art. 8.2 que las legislaciones nacionales menoscaben o atenten contra la libertad de asociación internacional de las organizaciones profesionales de trabajadores y empresarios, extendiendo esta prohibición a los casos en que éstas decidan negociar un convenio colectivo supranacional. Por tanto, los convenios colectivos europeos nacerían con eficacia jurídica contractual limitada a las partes que los han negociado y sus representados con el fundamento normativo del Derecho Internacional del Trabajo.

Es en el ámbito de empresa transnacional donde la negociación colectiva puede hoy resultar operativa. La negociación colectiva única concebida a nivel comunitario, como un nivel territorial añadido al nacional choca, por el momento, con demasiados obstáculos, entre los que cabe citar, la concurrencia entre los distintos niveles de negociación, la naturaleza meramente contractual con la que el derecho originario dotaría a estos hipotéticos convenios colectivos europeos, pero, sobre todo, la dificultad de armonizar y establecer estándares laborales a nivel comunitario, materia en la que los Estados miembros mantienen competencias absolutas y exclusivas y donde la Comunidad no puede intervenir.

Existen experiencias constatadas de acuerdos interregionales en cuatro regiones europeas a través de los denominados Consejos Sindicales interregionales que han creado un nuevo nivel de organización horizontal y supranacional de relaciones industriales. La pregunta que surge de inmediato es si estos sujetos colectivos negociadores, que pueden incluso ser más representativos en sus respectivos Estados, pueden sustituir a los negociadores europeos en la contratación colectiva interregional. La respuesta debe ser afirmativa, por cuanto, tal y como se ha venido analizando, la negociación colectiva prevista en el Tratado CE entre los interlocutores sociales europeos es sobre y para aquellas materias en las que la Comunidad tiene competencias.

El diseño de la política social comunitaria está en manos de los interlocutores sociales europeos a través de los procedimientos previstos en el Tratado CE, consulta, diálogo social y acuerdos intersectoriales recibidos o no por una directiva o por la negociación colectiva sectorial que también ha dado sus frutos en el ámbito institucional de la Comunidad a través de los Comités sectoriales de diálogo social. El acuerdo europeo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente del mar, suscrito por la ECSA y la FST el 30 de septiembre de 1998 ha sido aplicado por la Directiva 1999/63, siendo el primer acuerdo marco de sector suscrito a nivel europeo.

Al margen de las instituciones comunitarias, se ha experimentado con fórmulas de auténtica contratación colectiva supranacional en grandes empresas y grupos de empresas de ámbito comunitario como Thomson, BULL, Nestlé, Siemens, Pepsi Co, Electrolux. A pesar de alguna llamada de atención sobre estos fenómenos de contratación colectiva propiamente dicha, lo cierto es que más que de negociación colectiva a nivel europeo, se está ante fenómenos propios de negociación colectiva a nivel de empresa transnacional. El carácter obligacional de estos acuerdos determina su mínima eficacia de meros acuerdos programáticos de declaración de intenciones, relativos básicamente a temas de información y consulta de los trabajadores y creación de comités de empresa europeos, experiencia ésta que puede entenderse parcialmente absorbida por la disciplina prevista en la Directiva 94/95/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria214, en la medida en que las competencias del Comité se limitan a la información y consulta de cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores.

La falta de un estatuto regulador del régimen jurídico de acuerdos fuera del marco de la Directiva 94/95, determina que su adopción sea voluntaria por los representantes de los trabajadores y el grupo de empresas y sus niveles de eficacia

limitados a compromisos y obligaciones entre las partes negociadoras.

El pobre resultado que ha arrojado la negociación colectiva transnacional contrasta con el impulso renovado que a partir del APS cobra la negociación colectiva comunitaria. Sin embargo, los interrogantes a los que se enfrentan una y otra responden a idénticos factores que, en definitiva, vienen a demostrar la necesidad de que exista una base normativa suficiente que solucione los distintos problemas a los que se enfrenta este tipo de negociación: la falta de actores sociales dotados de poderes decisionales a nivel transnacional o europeo; la ausencia de prácticas conflictuales a nivel supranacional; la resistencia de los empresarios para aceptar un nivel de normación social complementario a los ya existentes, además de la reticencia de los sindicatos nacionales a transferir a nivel europeo poderes decisorios con relevancia directa sobre las condiciones de trabajo de sus afiliados.

La negociación colectiva empresarial de condiciones de trabajo en el ámbito comunitario encuentra apoyo jurídico en el Derecho derivado, a nivel de empresa o grupos de empresa de dimensión comunitaria por la vía de los Comités de empresa europeos fuera de los ámbitos regulados por el Tratado CE, y al margen, por tanto, de la política social comunitaria, que por el momento, no está interesada en este tipo de contratación colectiva, auténtica negociación colectiva en los países europeos que forman la Comunidad. Fuera de los ámbitos del Tratado CE es donde las partes sociales recuperan plenamente su carácter de institución social autónoma. Sin embargo, la negociación colectiva comunitaria a nivel de grupo encontrará las mismas dificultades que el diálogo social institucionalizado; dificultades estructurales referidas a la falta de negociadores legitimados y a la existencia de un acusado pluralismo sindical, acentuado por el hecho de que las empresas multinacionales exceden del ámbito exclusivamente comunitario; dificultades jurídicas derivadas de los diferentes modelos de relaciones sindicales; dificultades funcionales, en cuanto al contenido de los convenios colectivos, debido a la falta de cohesión social y económica entre los distintos países a los que

pueda afectar el convenio.

La Directiva 94/45/CE del Consejo de 22 de septiembre de 1994, de 22 de septiembre, exige que las empresas y grupos de empresas que operen en varios Estados miembros constituyan un Comité de empresa europeo o el establecimiento de procedimientos adecuados para la información y consulta transnacional a los trabajadores. Los arts. 4 y 5 de la Directiva confían a un acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa o grupo el establecimiento del Comité de empresa, resultando el acuerdo, la fuente prioritaria en el establecimiento de los Comités. La elección del Derecho Comunitario por la fuente negocial transnacional para establecer un Comité de empresa europeo o procedimientos alternativos de consulta e información de los trabajadores, supone un primer paso en el establecimiento de acuerdos y convenios colectivos transnacionales a nivel comunitario.

La Directiva 94/45/CE tiene el mérito de demostrar que es posible establecer normas jurídicas generales y no sólo normas fragmentarias o parciales vinculadas a momentos puntuales de la marcha empresarial -despidos colectivos (Directiva 98/59/CE, de 20 de junio) o supuestos trasmisión de empresas (2001/23/CE)- sobre la participación de los trabajadores a escala europea. La necesidad de creación del órgano ha hecho que se superen los problemas jurídicos para articular un modelo de participación de los trabajadores que hace prever que el futuro de un auténtico sistema de negociación colectiva europea se encuentre cada vez más cercano.

En el camino trazado por los Comités de Empresa transnacionales europeas se encuentra la propuesta de Directiva del Consejo de 11 de noviembre de 1998 por la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (COM 98, 612 final). La mayor parte de los Estados miembros cuentan con sistemas de representación y consulta de los trabajadores en las

empresas, sin embargo, los últimos acontecimientos de cierre de factorías con importante repercusiones para el empleo en Europa, llevadas a cabo sin que se hayan observado procedimientos adecuados de información y consulta, conducen a la propuesta de directiva que contempla un marco general de consulta e información de los trabajadores en empresas situadas en el territorio de los Estados miembros de la Comunidad y que empleen a 50 trabajadores como mínimo (art. 2.1 de la Propuesta). La Directiva pretende cubrir en el nivel nacional lo ya establecido en el ámbito transnacional con la Directiva 94/45/CE o para ciertos aspectos de alcance nacional como los despidos colectivos y los traspasos de empresas, regulados por las Directivas 98/59/CE y la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad que codifica la Directiva 77/187 y sus modificaciones.

La propuesta de Directiva, que se alcanza significativamente sin el acuerdo de los interlocutores sociales, articula un sistema de intercambio de información y consulta sobre decisiones empresariales construido sobre la idea del efecto útil o práctico de las medidas propuestas. La propuesta parte, con el mismo espíritu que la Directiva 94/45/CE, de la libertad de los interlocutores sociales en la definición y la negociación, incluso a nivel de empresa, de los modelos y contenidos de la información y consulta. El modelo se cierra con el establecimiento de un dispositivo sancionador, sin precedentes en materia de información y consulta de los trabajadores, que garantiza la efectividad de los derechos, invalidando las decisiones empresariales relacionadas con las modificaciones sustanciales o la extinción unilateral de contratos, o estableciendo procedimientos administrativos o judiciales y sanciones adecuadas, efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de incumplimiento de los procedimientos de información y consulta.

La armonización emprendida en cuanto al establecimiento de un modelo participativo a nivel trasnacional y nacional europeo, junto con la priorizada intervención normativa de los agentes sociales en la conformación de la política social europea prevista en el Tratado, permite afirmar que ya se han dado los primeros pasos en el establecimiento, a largo plazo, de un futuro sistema de negociación colectiva que logre salvar los problemas que hoy afronta la negociación colectiva europea.

X. LA COSTUMBRE LABORAL

Se puede definir como el uso social o comportamiento reiterado de un grupo social utilizado espontáneamente y de manera continuada en la solución de un conflicto o en el arreglo de una situación jurídica.

- La costumbre para ser considerada norma tiene que ser lícita.

- La costumbre para poder alegarse ante un tribunal se debe probar.

La costumbre laboral como fuente de derecho laboral es de escasa aplicación por lo que establece el artículo 3, punto1, apartado d del ET. En Derecho del Trabajo la costumbre además debe reunir dos requisitos:

a) Debe ser local. No se puede aplicar de una localidad a otra.

b) Debe ser profesional. No se puede aplicar una costumbre de una profesión a otra.

Como fuente del Derecho, la costumbre laboral tiene un papel meramente supletorio según lo establecido en el artículo 3.4 del ET. Es supletoria porque sólo se

puede aplicar si no existe una disposición legal o un convenio colectivo o incluso cuando el contrato no regula una determinada materia. Aunque la costumbre fuese lo más favorable para el trabajador no se aplicaría. No rige respecto de la costumbre el principio iura novit curia, la costumbre y su vigencia en el medio local y profesional al que quiere ser aplicada, han de ser probadas ante los Tribunales por quienes la aleguen.

Sólo cuando la costumbre entra a formar parte de la ley porque la ley no regula una determinada materia y se remite a la costumbre para regularla entonces la costumbre resultará de aplicación por encima incluso del convenio colectivo o del contrato de trabajo. Este tipo de costumbre se denomina "costumbre llamada". Art. 3.4 ET: "Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposición legal, convencional o contractual, a no ser que cuenten con una remisión o recepción expresa".

Ejemplo de remisión expresa del ET a la costumbre: en materia de "diligencia y colaboración" en el "cumplimiento de la obligación de trabajar" (art 20.2 ET) o de liquidación y pago del salario (art 29.1 ET) y de preaviso exigible en caso de dimisión del trabajador (art 49.1. ET).

XI. LOS USOS DE EMPRESA

No alcanza el rango de fuente. Puede ser considerado una condición o pacto del contrato de trabajo, o como uso interpretativo de la declaración de voluntad al que justamente el art. 1.3 CC niega el carácter de fuente. Téngase en cuenta, sin embargo, que el convenio colectivo de empresa o centro de trabajo es un instrumento adecuado para cristalizar costumbres de taller incorporándolas a su clausulado, pasando de ser normas acostumbradas a normas paccionadas. Por otro lado, el uso de empresa puede

surgir de una concesión inicial del empresario que con continuidad se reitere después, convirtiéndose en una condición más beneficiosa adquirida que, si es colectiva, tienda a formalizarse en convenio colectivo.

XII. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del derecho son convicciones, principios morales o valores de una determinada comunidad social y en un momento determinado. En el derecho del trabajo existen principios específicos y la mayoría de ellos también han sido recogidos por las leyes [ejemplo: Principio de norma más favorable, Principio de condición más beneficiosa].

Hay un principio específico de derecho del trabajo que no ha sido recogido expresamente por la ley y que se aplica a la hora de interpretar las normas laborales: el principio "in dubio pro operario", según éste cuando un Tribunal tenga dudas a la hora de interpretar un determinado precepto legal aplicable a la situación de que se trate, de entre las diversas interpretaciones legales, deberá elegir aquella que resulte más beneficiosa para el trabajador.

Algunos ejemplos serían:

Principio tutelar o protector

Este principio alude a la función esencial que cumple el ordenamiento jurídico laboral, esto es, el establecer un amparo preferente a la parte trabajadora, que se manifiesta en un desigual tratamiento normativo de los sujetos de la relación de trabajo asalariado que regula, a favor o en beneficio del trabajador.

Principio de la continuidad de la relación laboral

Este principio, reconocido a favor del trabajador persigue que las relaciones laborales sean estables. Esto porque se ha concebido al contrato de trabajo como una relación jurídica indefinida, estable y de jornada completa, de tal manera que asegure la continuidad de la permanencia del trabajador en la empresa, protegiéndola de rupturas e interrupciones y limitando las facultades del empleador de ponerle término.

Principio de supremacía de la realidad

Puede definirse este principio señalando que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero.

Principio de razonabilidad

Es un principio bastante general que establece la idea de lo razonable como criterio interpretativo de aquellas situaciones en que producto de errores, confusiones, de simulación o de fraude es necesario establecer el verdadero alcance de las cláusulas o de las situaciones jurídicas, para no generar arbitrariedades o injusticias que no resulten razonables.

Principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales

Este principio plantea la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho del Trabajo.

Principio de libertad sindical

Este es un principio referido a la génesis, aplicación e interpretación del Derecho Colectivo del Trabajo.

XIII. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Hablar de discriminación de la mujer en el acceso al empleo y de posibles medidas en aras de erradicarla, impone conceptualizar en primer lugar qué hay que entender por tal situación discriminatoria. Sobre todo obliga a delimitar qué es la igualdad y qué la discriminación, habida cuenta que son muchas y distintas las manifestaciones conceptuales que, desde un punto de vista jurídico, dichos términos han adoptado, y continúan adoptando.

En ese sentido, en la medida en que, de una parte, el presente trabajo trata más de ofrecer una visión jurídico-práctica del problema que teórica; y que, de otra, son completas y numerosas las obras doctrinales existentes en relación con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, en las páginas siguientes no se pretende realizar un profundo estudio teórico de la compleja relación existente entre ambos conceptos. Más bien, se trata de concretar a grandes rasgos, y dentro de lo que posibilita la indeterminación que los caracteriza, lo que hay que entender por estos principios. Con la única finalidad de hallar un concepto instrumental, si se me acepta la expresión, de cada uno de ellos que, cual herramienta de trabajo, permita interpretar a qué se refiere en realidad la LOI cuando en su Título Primero utiliza los conceptos de igualdad de trato, igualdad de oportunidades, discriminación directa e indirecta, etc. Y así, y teniendo en cuenta su concreto significado, analizar la realidad existente y proponer soluciones si, llegado el caso, se apreciase la concurrencia de conductas discriminatorias.

Por ello, y dado que es éste y no otro el objeto de este estudio, la referencia que se contiene a la doctrina del T.C. en materia discriminatoria, en general, y a la que en relación con el mismo tema han sentado las distintas sentencias del TJUE, no tiene más pretensión que la de ser un mero instrumento, el más importante si se quiere, en el empeño de obtener una claridad conceptual sobre lo que hay que entender por igualdad, por discriminación, y cuando y con qué condiciones dichos principios se vulneran el principio de igualdad se encuentra reconocido en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Así, el propio artículo 1.1. de la C.E., tras declarar que España es un Estado social y democrático de derecho, impone la igualdad entre todos los españoles como valor superior del ordenamiento jurídico. El art. 14 C.E., por su parte, es el precepto que se refiere a la igualdad y a la no discriminación, reconociéndoles una especial protección. El art. 9.2. C.E., sin ser directamente aplicable, es el encargado de recordar o garantizar la igualdad "sustancial" o "real" entre los individuos; mientras que el art. 35 del mismo cuerpo legal es el que viene a reconocer el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente sin discriminación por razón de sexo.

Íntimamente relacionados con estos preceptos, y más concretamente, en desarrollo de los arts. 9.2 y 14 de la C.E. se aprobó la LOI, que no solamente contiene un Título Primero expresamente referido al principio de igualdad y la tutela contra la discriminación; sino que además, y dado su carácter transversal, contiene hasta 30 disposiciones adicionales en las que va ajustando varios preceptos de distintos cuerpos legales a las medidas que se prevén en favor de la igualdad real.

Por lo que interesa al acceso al empleo, y teniendo en cuenta las modificaciones legales apuntadas, los preceptos legales que principalmente hay que tener en cuenta

cuando se habla de igualdad son los arts. 4.2.c., 4.2.e., 17. 1., 17.4 y 17.5 E.T., que son los que de una forma más genérica hacen referencia al principio de igualdad y no discriminación en el trabajo.

El primero de los preceptos apuntados, el art. 4.2. E.T., reconoce como derecho básico de los trabajadores en la relación de trabajo, el de "no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo (apartado c); y el "respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo" (apartado e).

El art. 17 E.T. declara nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, entre otras; además y como novedad, los apartados 4 y 5 del art. 17 E.T. incluyen una referencia expresa a las medidas de acción positiva y a los planes de igualdad como medidas a abordar en la negociación colectiva en favor de la obtención de la igualdad real. Lo cual, además, se ratifica en el art. 85.1. y 85.2 E.T. que, tras referirse a la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, establece el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato o, en su caso, planes de igualdad, que deberán existir en las empresas de más de 250 trabajadores.

En temas más concretos, el art. 16 E.T., al permitir la existencia de agencias privadas de colocación señala que deberán garantizar en su ámbito el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada, entre otros motivos, en razones de sexo; el art. 22.4 E.T. señala que los criterios de

definición de las categorías y grupos profesionales se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo y el art. 24.2 E.T. lo mismo en cuanto a criterios para los ascensos; el art. 28 E.T. establece la obligación de "pagar por la prestación de un trabajo de igual valor el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo.

Como garantía, se contempla la obligación de informar a los representantes de los trabajadores, regulándose en el art. 64.3. y exigiendo, en consecuencia, que el deber de información pasiva alcance también, al menos anualmente, a todo lo relativo a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo. También en el mismo precepto 64 E.T., pero en los apartados 1.9 y 1.13, se contempla la participación de los representantes de los trabajadores en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En el 64.7.d E.T., la participación de los representantes se materializa en la necesidad de colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación; y en el 64.7.a.3 E.T. se prevé que los representantes vigilen el respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres.

La necesidad de velar por el respeto al principio de igualdad también se le exige a la autoridad laboral según art. 90.6 E.T.

Además, el art. 7.13 de la L.I.S.O.S., tipifica como infracción grave "no cumplir con las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación. En cuanto a las infracciones

muy graves se califican como tales, según lo previsto en el art. 8.12 L.I.S.O.S., las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables, entre otros motivos, por razón de sexo, así como las efectuadas "como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación; según lo previsto en el art. 8.13.bis L.I.S.O.S., también deben ser calificadas como muy graves las situaciones de acoso, cualquiera que sea el sujeto activo, si siendo conocido por el empresario, éste no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedirlo; y también es muy grave, según el art. 8.17 LISOS, no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de elaborar dicho plan derive de las dimensiones de la empresa, por ocupar ésta a más de 250 trabajadores. Además, el art. 16.2 L.I.S.O.S. califica también de muy grave establecer condiciones mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas, entre otras razones, por motivos de sexo; además de preverse en el mismo precepto y también obviamente con la calificación de muy grave, el no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 46.2.bis de la L.I.S.O.S.". Todo ello sin olvidar la Subsección 3.º bis en la Sección 2.º del Capítulo VI L.I.S.O.S., que contempla sanciones accesorias para los empresarios que cometan las infracciones muy graves que se acaban de comentar.

A su vez, no hay que ignorar el contenido de ciertas normas específicas que intentan atender a problemas que, aunque no exclusivamente, repercuten sobre las mujeres trabajadoras, normas de las que es buen ejemplo la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que es objeto de mejora por la LOI, pues incrementa los derechos que la Ley de Conciliación 39/1999 reconoció a los trabajadores en aras de poder conciliar mejor vida laboral y familiar.

La ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, es también relevante en esta materia, y al margen de declarar en su art. 2, referido a los objetivos de la política de empleo, que debe garantizarse la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo, se refiere a la igualdad y a la no discriminación en el art. 22.bis y en el art. 26.

En el art. 22. bis de la Ley de Empleo, se prevé que los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral, deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo; además de ello, esos gestores de la intermediación laboral, en caso de apreciar discriminación en las ofertas de empleo, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta, especificándose, en ese mismo precepto legal y expresamente, qué hay que entender a esos efectos por ofertas de empleo discriminatorias. El art. 26 de la misma norma, por su parte, se refiere expresamente al colectivo de mujeres como colectivo con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo.

En lo que atañe a L.P.L., el legislador, pensando en la tutela frente a esas posibles discriminaciones, introduce también algunos preceptos específicos; así, en el art. 96 de la L.P.L., se establece que "en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonada, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad", precepto que aunque no resuelve todos los problemas probatorios, viene a facilitar la prueba de estas conductas, al exigir al trabajador/a afectado/a que pruebe simplemente la existencia de indicios de discriminación, y que, aunque tampoco añade nada a lo que con carácter general está previsto en cualquier proceso en el que se alegue la lesión de

derechos fundamentales —art. 179.2 L.P.L.—, no cabe considerarlo como superfluo en atención a la realidad social cotidiana. A su vez, en el art. 95.3 L.P.L. se permite al Juez o Tribunal, cuando en un proceso se suscite una cuestión sobre discriminación por razón de sexo, recabar un dictamen de los organismos públicos competentes, precepto que viene a evidenciar la preocupación del legislador que prefiere introducir en la L.P.L. una mención expresa y concreta acerca de esta facultad judicial, que pese a ello generalmente no se utiliza. Todo ello además de contemplarse en el art. 146.d) L.P.L. la posibilidad de que se inicie de oficio el proceso como consecuencia de "las comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente. En ese caso, se dice, "la Jefatura de la Inspección correspondiente habrá de informar sobre tal circunstancia a la autoridad laboral competente para conocimiento de ésta, con el fin de que por la misma se dé traslado al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones si se iniciara con posterioridad el procedimiento de oficio a que se refiere el apartado 2 del art. 149 de esta Ley. También se refiere al procedimiento de oficio el art. 149.2 L.P.L. que establece la posibilidad de iniciar ese procedimiento de oficio en el caso de que versen las actas de infracción sobre algún comportamiento considerado como discriminatorio que sea sancionable según establecen los arts. 7.2, 7.6, 7.10, 8.2, 8.11, 8.12 L.I.S.O.S., y siempre que el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el art. 9.5 de la Ley Orgánica de Poder Judicial. Además de ello, el art. 181 L.P.L. establece que las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en ese mismo capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la

cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Todo ello, sin olvidar, además que la Disposición Adicional Décimo Primera, pto. 20, de la LOI introduce una Disposición Adicional Decimoséptima en el E.T. en la que se remite al procedimiento regulado en el art. 138.bis LPL para resolver las discrepancias en materia de conciliación de la vida laboral y personal.

También la L.G.S.S. contiene preceptos que pueden afectar positivamente a la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el mercado de trabajo. En ese sentido, y por lo que se refiere al acceso al empleo, es de destacar la regulación del punto siete de la Disposición Adicional 18.ª LOI que afecta al Capítulo IV. L.G.S.S al contemplar expresamente la prestación de paternidad que, por ir referida al padre, constituye un importante hito en la concienciación social de que las denominadas tareas reproductivas no son competencia exclusiva de la mujer trabajadora.

Pues bien, los aquí citados creo que son los más relevantes preceptos legales que tienen que ver con el acceso al empleo en igualdad de condiciones. Y de entre toda esta correlación de preceptos es obligado detener el análisis, por lo que aquí interesa, en el art. 14 C.E., habida cuenta que su específica ubicación como derecho fundamental y, por ende, derecho de mayor protección, no sólo dota a su contenido de la protección privilegiada contenida en el art. 53 C.E., sino que además posibilita que mediante el recurso de amparo pueda reclamarse su vulneración ante el T.C. De ahí, que haya sido básicamente dicho precepto el que interpretado de forma sistemática con el art. 9.2. C.E., haya permitido a nuestro T.C. formular una doctrina en materia de igualdad y discriminación por razón de sexo. Tanto es así que incluso la propia LOI, en su Título Preliminar, establece expresamente que su objeto es “hacer efectivo el principio de

igualdad de trato entre mujeres y hombres (...) en desarrollo de los arts. 9.2. y 14 de la C.E."

Aun así, la importantísima doctrina del T.C. al respecto no ha sido uniforme. El casuismo, dinamismo, carácter evolutivo y valorativo de los conceptos de igualdad y no discriminación ha dificultado sentar con claridad, y desde un principio, las bases jurídicas en esta materia. Hasta el punto de poderse hallar en la misma, tal y como la doctrina especializada apunta, un antes y un después de 1987, en concreto, desde la STC 128/1987, de 16 de julio.

En efecto, tras la incorporación de España a la Unión Europea, la doctrina sentada por nuestro Tribunal en materia de igualdad y no discriminación se adapta a los conceptos que tanto en Europa como en EE.UU. se seguían en relación con este tema]. De suerte, que en nuestro ordenamiento interno se pasa de una doctrina inicial en la que igualdad y no discriminación son considerados como términos dependientes, a otra, la actual, que dota de contenido autónomo e independiente a la prohibición de discriminación.

La diferenciación entre una y otra doctrina no es irrelevante, especialmente a efectos prácticos. De hecho, únicamente desde la ya no tan novedosa tesis que defiende la distinción entre los principios de igualdad y no discriminación, las medidas de acción positiva adquieren fundamentación jurídica. Es decir, que únicamente con la última de las posiciones que defiende el T.C., la tutela antidiscriminatoria puede evolucionar y amparar en su seno medidas de acción positiva que traten de impulsar la verdadera inserción de la mujer en el empleo en igualdad de condiciones. Aunque se atente, con ello, la igualdad formal.

De acuerdo con lo expuesto, por lo tanto, delimitar el principio de igualdad supone obligatoriamente considerar la STC 128/1987, de 16 de julio, habida cuenta que con la misma se marca un punto de inflexión en la abundante doctrina constitucional existente sobre esta materia.

Hasta esa fecha, la prohibición de discriminación que contiene el art. 14 C.E. se interpretaba únicamente en el ámbito de la garantía constitucional de la igualdad, es decir, como el perfil negativo de la misma. Sin embargo, esta tradicional consideración de la no discriminación que, entre otras cosas, imposibilitaría el reconocimiento o la existencia de discriminación indirecta en nuestro ordenamiento interno, empieza a evolucionar hacia un concepto autónomo a partir de dicha sentencia. De tal suerte, que la prohibición de discriminación no se identifica únicamente con la referida a la desigualdad de trato injustificada, sino que abarca, asimismo, la necesidad constitucional de erradicar la histórica situación de injusta inferioridad en la que se encuentran ciertos colectivos.

Lo que en realidad viene a hacer el Tribunal en este caso es seguir la tesis que, supone aceptar que el art. 14 C.E. es susceptible de una división. Es decir, que en el art. 14 C.E. se "ha unificado en un mismo párrafo un subprincipio o regla específica de igualdad (el mandato de no discriminación por unas determinadas y específicas circunstancias) y un principio general que es el contenido en el primer inciso del art. 14 C.E., en el que la referencia a la igualdad ante la ley debe entenderse incluyendo también a la situación más generalizada, en el constitucionalismo comparado, a la igualdad en la ley.

En consecuencia, habrá que entender que una cosa es la prohibición de discriminación, íntimamente relacionada con la igualdad sustancial; y la otra, la

igualdad formal que el art. 14 expresamente contempla. Veamos pues, en qué términos resulta cada una de ellas concretable.

La igualdad formal que, como decía, se encuentra recogida en el primer inciso del art. 14 de nuestra norma fundamental, sería traducible, por lo que aquí interesa, en la imposición de la obligación de tratar a ambos sexos con absoluta paridad en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

De hecho, y aunque en la práctica su contenido no puede interpretarse sin tomar en consideración a la igualdad sustancial, la igualdad formal adopta, per se, una doble manifestación: igualdad en la ley e igualdad ante la ley. Ambas expresamente dirigidas a los poderes públicos, y plenamente aplicables sin necesidad de desarrollo legislativo.

En concreto, el primero de ellos, es decir, la igualdad en la ley, va dirigido al legislador y a la administración, e impone un trato igual respecto a aquellos que se encuentren en situaciones jurídicas equiparables. El segundo, por su parte, tiene como destinatarios a los órganos jurisdiccionales, y supone que ante la misma situación la ley se aplicará de modo igual.

Desde esta perspectiva, la exigencia de paridad que determina la igualdad formal parece un valor absoluto. No obstante, no debe desconocerse que en su aplicación práctica, dicha vertiente formal de la igualdad debe interpretarse de conformidad con la igualdad sustancial que el art. 9.2, del mismo cuerpo legal contempla. Siendo esta interpretación integrada la que exige que la paridad deba en ocasiones ceder a favor de una desigualdad en el trato, si ésta es objetivamente razonable y proporcional en aras de lograr una igualdad sustancial.

Es decir, que aunque la igualdad formal que recoge el primer inciso del art. 14 de nuestra norma fundamental, viene a imponer una absoluta paridad de tratamiento en la ley y ante la ley, desde el momento en que, en la práctica, dicha igualdad formal debe interpretarse sistemáticamente con la igualdad sustancial o material del art. 9.2. C.E., esta paridad debe poder quedar exceptuada bajo las premisas de razonabilidad y proporcionalidad. Pues sólo así, verdaderamente, la igualdad será real.

Si, como acaba de apuntarse, la idea de igualdad formal del art. 14.1. C.E. puede concretarse en el mandato dirigido a los poderes públicos de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, y de ello se desprende que la paridad de trato acepte excepciones de acuerdo con el criterio de la razonabilidad y proporcionalidad, lo cierto es que la prohibición de discriminación que el segundo punto del mismo artículo contempla, ostenta, en la actualidad, un "campo de actuación" más amplio.

Íntimamente relacionado con la dignidad de la persona y con el principio de igualdad sustancial que declara el art. 9.2. C.E., que impone subsanar las desigualdades injustificadas que puedan existir en la sociedad, incluso, desde la erradicación de la situación social que las provoca, el actual concepto de discriminación se originó en el Derecho Internacional. Tras sufrir distintas evoluciones, en la actualidad por discriminación cabe entender "todo tratamiento sistemáticamente peyorativo frente a un sujeto o un grupo basado en condiciones personales o familiares sobre las que no se tiene facultad de elección, o por el ejercicio de derechos elementales.

Desde este nuevo concepto, que vincula tanto a poderes públicos como a sujetos privados, la calificación de un acto, comportamiento o actitud como discriminatorio se condiciona a que la injustificada desigualdad de trato que con su adopción se genera, se produzca por las causas prohibidas en el art. 14 C.E. pero sin que sea relevante la intencionalidad de su adopción.

Es decir, que lo que realmente determina la calificación de una situación como discriminatoria, desde su vertiente indirecta, no es si el acto, comportamiento o actuación se ha tomado o no con voluntad de discriminar; lo trascendente es su resultado discriminatorio, la afectación o el perjuicio que produce en el disfrute de ciertos derechos. Y esta matización, que a priori puede parecer irrelevante, es, sin embargo, la que posibilita jurídicamente aceptar el concepto de discriminación indirecta.

En efecto, en nuestro país, y durante largo tiempo, únicamente se consideraban discriminatorias aquellas actuaciones que hoy son consideradas como discriminaciones directas, esto es, en el caso de la discriminación de género, tratamientos diferenciales y perjudiciales hacia una persona adoptados en base a su pertenencia a un determinado sexo. Sin embargo, también en este sentido la noción de discriminación ha evolucionado. Las actuaciones descritas que, insisto, fundamentan el tratamiento diferencial y peyorativo en el sexo de las personas, continúan considerándose discriminatorias, en concreto, son catalogadas de discriminaciones directas. No obstante, a las mismas se yuxtaponen, dentro del amplio concepto de discriminación, otras conductas que aunque aparentemente neutras resultan indirectamente discriminatorias.

En concreto, se consideran como discriminaciones indirectas todas aquellas actuaciones que poseen un efecto adverso sobre los miembros de un determinado sexo sin justificación razonable.

La propia LOI, tras establecer expresamente que se considera discriminatoria toda orden de discriminar directa o indirectamente por razón de sexo, las diferencia y especifica que “la discriminación directa por razón de sexo es la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”; mientras que “la discriminación indirecta por razón de sexo es la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja

particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados" (art. 6.1, 6.2 y 6.3 LOI).

La delimitación de ambos tipos de discriminación no carece de trascendencia práctica. De hecho, mientras que en las primeras no existe razonabilidad posible que pueda justificar la violación del mandato de parificación; en las segundas, siempre que de acuerdo con el principio de proporcionalidad exista una motivación objetiva y razonable, los efectos de una presumible discriminación indirecta serán susceptibles de justificación empresarial. Y, por ende, la conducta a priori discriminatoria dejará de serlo ante la existencia de un porqué objetivo y razonable que dentro de los parámetros que implica el principio de proporcionalidad fundamenta su adopción.

Aun así, la relevancia del concepto de discriminación indirecta no radica únicamente en poner el acento en el resultado de la medida, en el sentido de ser irrelevante a tal efecto la intencionalidad de discriminar; ni tampoco en el hecho de que una conducta a priori constitutiva de una discriminación indirecta no lo sea tras la correspondiente justificación empresarial; lo realmente trascendente, a efectos de progresar en la tutela antidiscriminatoria, es que únicamente desde esta vertiente indirecta la discriminación adquiere una dimensión supraindividual. Es decir, que desde su prisma deja de ser el individuo para ser el grupo, el elemento jurídico a comparar en la calificación del carácter discriminatorio o no de un acto o comportamiento. Lo cual es determinante a efectos de poder adoptar medidas de acción positiva. De hecho, y como se expondrá, estas concretas acciones "atacan" la discriminación desde una perspectiva grupal. De donde sigue que, únicamente con un concepto de discriminación que, como el de la discriminación indirecta, encuentra su fundamento último en el principio de igualdad sustancial, al tiempo que conlleva un concepto de igualdad de oportunidades, o

dicho en otros términos, una igualdad real en el punto de partida, es posible progresar en el enfoque de la tutela antidiscriminatoria.

Ello, no obstante, obliga a considerar los conceptos de discriminación social, igualdad de oportunidades sustancial y acción positiva.

La tutela antidiscriminatoria tradicional, esto es, la de cariz negativo o, en otras palabras, la que se fundamenta en sancionar las conductas discriminatorias, resulta insuficiente a la hora de abordar, y sobre todo erradicar, los problemas de discriminación social que durante mucho tiempo han sufrido determinados colectivos, o, en el caso de la discriminación de género, las mujeres. Al incidir en la nulidad radical del acto discriminatorio, esta tutela antidiscriminatoria resulta adecuada para reparar los efectos de las actuaciones discriminatorias —directas e indirectas— ya acaecidas, pero sin embargo sigue siendo insuficiente para dejar sin efecto conductas discriminatorias existentes en el cuerpo social, sobre todo si éstas se materializan en omisiones y no en acciones.

De ahí que, junto a las acciones represoras empiecen a concurrir otras medidas, en especial, las de acción positiva, pero también los planes de igualdad que, amparándose en el principio de igualdad sustancial que contiene el art. 9.2. C.E. persiguen una triple e interrelacionada finalidad: garantizar la igualdad de oportunidades; evitar situaciones discriminatorias futuras; reparar los efectos de la discriminación social existente o pasada.

La discriminación social, entendida como la situación generalizada de discriminación existente en una sociedad, producto de prácticas, prejuicios y usos sociales, no supone concretos actos discriminatorios, sino la presencia de los obstáculos existentes para la consecución de la igualdad sustancial.

Es decir, que lo verdaderamente determinante a efectos de calificar una conducta como socialmente discriminatoria es el resultado final, que deberá anular la igualdad de oportunidades sustancial de los colectivos que se ven afectados por este tipo de conductas. Igualdad de oportunidades sustancial que, por lo demás, conviene deslindar de la igualdad de oportunidades formal. Téngase en cuenta, así, que mientras la última supone la ausencia de barreras legales en los puntos de partida a través de la prohibición de discriminación tradicional; la primera va más allá y pretende que personas con talentos y capacidades similares tengan parecidas oportunidades en la vida, con independencia del grupo social en que hayan nacido.

Se trata, por tanto, de conseguir el fin igualitario de la igualdad de oportunidades no en su inicio o plano formal, sino en su término o plano real o sustancial.

La trascendencia de esta igualdad de oportunidades sustancial es tal que, como mencioné, únicamente en su concreto contexto las medidas de acción positiva adquieren fundamentación jurídica.

Es decir, que es esta específica manifestación de la igualdad la que justifica que la adopción de estas medidas no resulte contraria al principio de igualdad formal anteriormente aludido.

No cabe ignorar, en este sentido, que es la consecución de esta igualdad de oportunidades sustancial la que permite tratamientos desiguales entre los que se encuentran en posiciones de privilegio y los que no —es decir, medidas de acción positiva—, siempre que la finalidad de éstos sea la de remediar la situación de

desventaja social de determinadas personas y lograr, de este modo, que todos posean las mismas posibilidades en la vida.

Evidentemente, una efectiva igualdad hombre-mujer exige en la actualidad de preceptos y medidas específicas que eliminen, si no las diferencias, al menos sí las consecuencias desventajosas que en el mercado de trabajo supone el ser mujer.

Desde esa perspectiva hay que interpretar cuanto establece el art. 10 LOI que, precisamente, cuando hace referencia expresa a las medidas de acción positiva y a los planes de igualdad, no olvida mencionar que son medidas que se adoptaran "con el fin de hacer efectivo el principio constitucional de igualdad (...)" y "(...) en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto a los hombres". Por eso y en aras a su legitimidad se exige que sean "razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

Se trata, en definitiva, de conjugar el derecho de igualdad con la tutela de las diferencias, de hallar un equilibrio. Máxime porque, en verdad, decir que hombres y mujeres son iguales para el derecho no significa que sean idénticos, sino que el derecho realiza una abstracción de la diferencia de sexo y asume como relevante el pertenecer a la misma especie. Y de la misma forma en que la paridad de tratamiento conduce a la igualdad formal, el instrumento para la igualdad sustancial es precisamente la desigualdad de trato normativo.

En conclusión, y por lo expuesto, en nuestro ordenamiento interno nada impide aceptar la posible existencia de medidas que fomenten la desigualdad formal en aras de garantizar una igualdad material. Es decir, que las acciones que "desigualan para igualar", resultan jurídicamente posibles. Y no solamente porque lo diga expresamente una Ley, lo que ya por sí mismo es importante, sino porque era ya posible antes

teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial y constitucional de los principios de igualdad y no discriminación.

XIV. LA JURISPRUDENCIA LABORAL

Los Jueces y Tribunales son órganos del Estado pero su poder o función no consiste en dictar mandatos generales y abstractos, sino en solventar conflictos concretos aplicando la norma abstracta y general, declarar el derecho en un caso concreto e individualizado.

La STC 72/2015, de 14 abril, (que resuelve un caso similar al de la STC 7/2015) pone de relieve que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law , en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling , rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Una decisión judicial no es, por tanto, una norma jurídica ni puede erigirse en fuente del derecho. Pero es necesario valorar las decisiones judiciales sobre todo de los tribunales superiores, que resuelven de forma idéntica o análoga continuos supuestos de

hecho análogos. Éstas crean en los ciudadanos la expectativa de que los casos futuros serán resueltos con arreglo a los mismos criterios salvo que el Juez fundamente la imposibilidad de mantener tales expectativas. Y, si no lo hacen así los Tribunales de instancia, sus sentencias serán revocadas por el Tribunal superior al amparo de un motivo específico contenido en las leyes procesales para su impugnación (motivos de casación), lo que por esta vía eleva la jurisprudencia al plano de fuente del derecho. Sus caracteres son:

1. Reiteración del sentido de los fallos. Una sola sentencia no constituye jurisprudencia.

2. Vale como jurisprudencia la doctrina que haya sido motivo decisorio del fallo. Los razonamientos o frases auxiliares que puedan emplearse en los fundamentos de las sentencias no son jurisprudencia.

3. La Jurisprudencia se sienta por el Tribunal Supremo. La competencia específica jerárquica para la casación en la materia laboral reside en su Sala 4ª, de lo Social. Pero las relaciones de trabajo aparecen en varios aspectos de nuestra vida comunitaria y, por consiguiente, en todos los sectores del ordenamiento jurídico. De ahí que deba atenderse también a la jurisprudencia sentada por la Sala 1ª, de lo Civil; por la Sala 2ª, de lo Penal; y, desde luego, por la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo.

A la Sala 4ª del TS corresponde la función de formación y unificación de la jurisprudencia a través del recurso de casación ordinario y del especial de casación para la unificación de doctrina, que la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, ley 36/2011 de 10 de octubre, prevé frente a las sentencias de suplicación de las Salas de lo Social de los TSJ, cuando “fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos TSJ o con sentencias del Tribunal Supremo”, siendo los litigantes o su

situación los mismos e iguales los hechos, fundamentos y pretensiones.

La jurisprudencia laboral desempeña en esta rama del derecho un papel muy notable de esclarecimiento de disposiciones normativas oscuras, de integración de lagunas de regulación y de búsqueda de interpretaciones armónicas de principios y reglas no siempre de fácil conjunción.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de relaciones de trabajo favorece la elaboración de resoluciones dotadas de un cierto nivel de generalidad. Así ocurre en el recurso especial de casación para la unificación de doctrina.

XV. LA LIBERTAD DE LAS PARTES. EL CONTRATO DE TRABAJO

1. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Contrato de trabajo es aquel por el que una persona (el trabajador) se compromete a prestar sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica (el empresario) a cambio de una retribución (arts. 1.1 y 8.1 E.T.).

Contrato de trabajo es el acuerdo por el que el trabajador presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. Se trata de un contrato que se perfecciona por el

consentimiento de las partes, bilateral, oneroso, sinalagmático y de tracto sucesivo. Las notas o rasgos caracterizadores de la relación laboral que se formaliza mediante el contrato de trabajo son los siguientes: carácter voluntario y personal de la prestación de servicios, dependencia, ajenidad y remuneración.

El acuerdo a través del cual el trabajador compromete la prestación del trabajo es, precisamente, el contrato de trabajo que nace de la concurrencia de voluntades (no es trabajo asalariado el trabajo forzoso). El trabajo debe ser realizado personalmente por el trabajador o persona que se compromete a su prestación. No obstante, la sustitución esporádica, típicamente por familiares, no implica, en ciertos trabajos ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario, como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.

Con la nota de la dependencia se expresa la incorporación del trabajador al círculo rector organizativo del empresario y, como consecuencia, la intervención o mediatización de su trabajo por un tercero que actúa desde una posición de supremacía. El requisito de la dependencia resulta de estar encuadrado el trabajador en la organización de la empresa bajo la dirección del empresario, de modo que es éste «quien dirige toda la actuación (de aquél) y, lógicamente, imparte instrucciones». Por ello, la existencia de órdenes empresariales puede tomarse como manifestación típica de dependencia laboral, al igual que otros datos, como la sujeción a un horario, la obligación de respetar una jornada, el compromiso de exclusividad No obstante, debe tenerse en cuenta que es éste un concepto que se ha flexibilizado. La dependencia no se configura ya como una subordinación rigurosa e intensa. Si bien la concurrencia de esta subordinación ha de estar presente, en mayor o menor grado, so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios por cuenta ajena contempladas en el ordenamiento jurídico al margen del contrato de trabajo, lo

cierto es que en la actualidad basta con que el interesado se encuentre dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Por ello, si bien la falta de control directo sobre los trabajadores es un dato indiciario de extralaboralidad, tampoco puede sobrevalorarse. De este modo, ni la inexistencia de control de tiempos de trabajo (horario), ni de control espacial de los trabajadores (lugar de trabajo) impide, sin más, la existencia del contrato de trabajo.

Por su parte, la ajenidad que singulariza el contrato de trabajo se refiere a una "cesión anticipada del resultado del trabajo, que es adquirido ab initio por el empresario. La primera y más elemental consecuencia de esta noción es que no puede apreciarse en los casos en que aunque se trabaja para otro, no se trabaja por cuenta de otro". Así ocurre cuando lo que se produce es una aportación en común de bienes e industria con ánimo de partir las ganancias que genera un vínculo societario entre las partes, con independencia de su publicidad frente a terceros. La noción de ajenidad se ha explicado tradicionalmente desde dos perspectivas: como ajenidad en los frutos, que supone la transmisión automática de los frutos del trabajo a quien recibe la prestación de servicios o, en otras palabras, que el producto del trabajo contratado pertenecerá al empresario, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquél, por el mismo hecho del contrato. Y como ajenidad en los riesgos, que supone la atribución al empresario de todos los riesgos económicos o de explotación propios de la actividad de que se trate. La nota de ajenidad tiene también otras dimensiones y consecuencias. Así, remite a lo que se denomina ajenidad en el mercado, dimensión que exige, como condición para calificar una relación de servicios como típicamente laboral, la necesaria presencia de una estructura tripolar que pone en conexión a un trabajador, un empresario y un cliente o consumidor. Desde esta perspectiva, la ajenidad implica, como nota sustantiva y exclusiva de la relación laboral, la ausencia de vinculación jurídica entre el trabajador y el destinatario final del bien o servicio en sentido laxo.

Finalmente, la remuneración remite al carácter lucrativo del trabajo asalariado, trabajo que se contrata o se realiza a cambio de una contraprestación económica. Por ello, no son laborales los trabajos prestados de forma gratuita o por benevolencia o aquellos que sólo dan derecho a una compensación por gastos (becas).

Partiendo de estas notas legales definitorias de la relación laboral y del contrato de trabajo, son los órganos judiciales quienes delimitan el contenido de las notas del trabajo asalariado adaptándolo a los cambios que se producen en las relaciones laborales y productivas y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. Para ello, la jurisdicción del orden social sigue un método indiciario, fijándose en la presencia de señales que indiquen la existencia de los presupuestos de laboralidad. La suma de ciertos indicios sirve para establecer una convicción sobre el tipo de vínculo existente entre las partes y para probar el tipo de relación que tiene el trabajador con una organización productiva. En todo caso, el criterio que aplican los tribunales laborales para decidir si una relación de prestación de servicios es o no laboral es el de calificar, no en función de la voluntad declarada por las partes, sino en atención al real desarrollo de la relación que enjuician. Los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorgan los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevaler sobre el «nomen iuris» empleado por los contratantes; siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual

Para que haya contrato de trabajo ha de intercambiarse, entre el trabajador y el empresario, un trabajo dependiente y un salario garantizado ajeno a los riesgos de la empresa. Dependencia y ajenidad serán, así, los elementos esenciales de necesaria

presencia en el contrato de trabajo (S.S.T.S. de 9 de diciembre de 2004, Rec. 5319/2003; de 11 de marzo de 2005, Rec. 2109/2004; o de 18 de marzo de 2009, Rec. 1709/2007).

La dependencia o subordinación del trabajo significa que su trabajo se encuentra en una situación de «sometimiento a la esfera organicista, rectora o disciplinaria del empresario», esto es, que quien organiza el trabajo, da las órdenes y sanciona en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el empresario y no el trabajador por todas, S.T.S. de 2 de julio de 1996.

Naturalmente, en cada contrato de trabajo la dependencia posee una mayor o menor gradación, según las características de la actividad que se realice y el puesto de trabajo que se ocupe, S.S.T.S. de 17 de noviembre de 2004, Rec. 6006/2003 o de 20 de noviembre de 2007. Así, existirá mayor dependencia en el contrato de embarco en la marina mercante o en el contrato de un peón de la construcción que en el contrato para trabajos a domicilio o en el contrato de un trabajador altamente cualificado o directivo o de un representante de comercio.

La ajenidad del trabajador significa que su retribución se encuentra garantizada, con independencia de los beneficios o pérdidas del empresario, esto es, con independencia de los riesgos empresariales (S.S.T.S. de 22 de abril de 1996, Rec. 2613/1995 o de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996). El trabajador, por su prestación laboral dependiente, percibirá del empresario, en cualquier caso, una compensación económica garantizada, sin quedar afectada por el riesgo de pérdida o mayor onerosidad en la ejecución de aquella (deterioro o destrucción del trabajo realizado o defectos en la comercialización del producto, por ejemplo). El trabajador cumple así con la mera puesta a disposición del empresario y no porque se haya producido el resultado pretendido por éste, ya que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

Hay, ciertamente, contratos de trabajo en los que los trabajadores participan en mayor o menor medida de los beneficios empresariales. Tal sucede cuando se establecen modalidades de retribución con cargo a los beneficios (participación en los beneficios) o a los resultados (comisiones o primas de rendimiento). Sin embargo, en todos estos casos resulta garantizado para el trabajador un salario mínimo, haya o no haya beneficios, se consigan o no los resultados pretendidos (art. 27 E.T.) (S.T.S. de 22 de abril de 1996, Rec. 2613/1995).

En sentido contrario, hay también ocasiones en que la ajenidad en la retribución se pierde excepcionalmente con carácter temporal en el contrato de trabajo. Tal sucede cuando se suspende el contrato --y con él el trabajo y la retribución pactadas-- por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor (art. 45.1.i) y j) E.T.).

2. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS

La calificación de un supuesto de hecho, de una relación laboral, entre dos personas, se hace difícil en ocasiones debido a dos razones distintas y conectadas entre sí: a) La existencia de contratos afines al contrato de trabajo con perfiles igualmente difusos. b) La presencia frecuente de una interesada voluntad simuladora en las partes contratantes.

La coexistencia jurídica del contrato de trabajo con una serie de contratos vecinos o afines, de perfiles difusos y ambiguos, origina en la realidad una serie de «zonas grises» de calificación jurídica dudosa.

Por un lado, en el contrato de trabajo, la dependencia es graduable e indeterminada y la ajenidad en los riesgos desaparece en ocasiones y, en otras, sin desaparecer, se hace difícil distinguirla cuando existen pactos de participación en beneficios o pago con cargo a comisiones.

De otro lado, existen dificultades para delimitar el contrato de trabajo de otros contratos cambiarios civiles o mercantiles (tales como el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de ejecución de obra, el contrato de transporte, el contrato de comisión, el contrato de mandato, etc.), donde también se intercambian trabajo y retribución, aunque no trabajo dependiente y retribución garantizada sino trabajo independiente o autónomo por un precio, no marcando límites claros con el contrato de trabajo (S.T.S. de 27 de enero de 1994, Ar/104, respecto de profesionales liberales; S.T.S. de 15 de febrero de 1991, Rec. 2926/1992, respecto de colaboradores periodísticos y de medios de comunicación y S.T.C.T. de 21 de diciembre de 1987, Ar/28938, respecto de los modelos de bellas artes).

Por último, en este mismo sentido, existen igualmente dificultades en la práctica para distinguir el contrato de trabajo del contrato de sociedad. Tal sucede con la figura del «socio industrial» cuya aportación social puede, de hecho, consistir en una prestación laboral subordinada y cuya participación en los riesgos sociales no es fácil distinguirla de una participación en beneficios de carácter salarial (S.T.S. de 20 de julio de 1990, Ar/6443).

Es frecuente, por otra parte, la presencia de una voluntad maliciosa en las partes contratantes, especialmente en el empresario, disimulando el contrato de trabajo mediante la simulación de uno de los contratos afines señalados (cambiarios o asociativos) (S.S.T.S. de 18 de abril de 1990, Ar/3475 o de 17 de enero de 2000, Rec. 3973/1998), para evitarse así la aplicación del régimen jurídico de los contratos laborales, más costoso para el empresario. En ocasiones, sin embargo, el interés en el fraude es del trabajador que pretende la contratación laboral simulada, con objeto de beneficiarse de la Seguridad Social.

Debe quedar clara la irrelevancia de la calificación jurídica que las partes hagan de una determinada relación.

En este sentido, el art. 8.1 del E.T. establece que «se presumirá existente (el contrato de trabajo) entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel».

Por su parte, la jurisprudencia se expresa en parecido sentido al señalar que «la naturaleza de los contratos es la que resulte de su contenido, abstracción hecha de la denominación dada por las partes» [por todas, S.S.T.S. en unificación de doctrina, de 27 de abril de 1998 o de 29 de diciembre de 1999.

Así pues, lo importante, a efectos de la calificación jurídica contractual, «no es lo que las partes dicen sino lo que las partes hacen».

Al analizar el supuesto de hecho, habrá que constatar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo (dependencia y ajenidad) o de sus contrarios (independencia y asunción de riesgos) y para ello se recurrirá a los indicios o signos de exteriorización de los mismos, derivables de aquellos hechos. En el bien entendido de que no se exigirá la presencia de todos los indicios, bastando con la

presencia razonable de algunos de ellos, lo que no proporciona, ciertamente, una gran seguridad jurídica sino todo lo contrario.

Son indicios de dependencia, según la jurisprudencia, S.S.T.S. de 10 de julio de 2000 o de 15 de octubre de 2001:

a) El desempeño personal de la prestación de servicios [por todas, S.S.T.S de 23 de octubre de 1989. Ar/7310 o de 25 de enero de 2000, constatándose, no obstante, jurisprudencia que admite la existencia de contrato de trabajo aun permitiendo la sustitución del trabajador [por todas, S.T.S. de 26 de febrero de 1986. Ar/736, para limpiadoras; S.S.T.S. de 22 de diciembre de 1992 o de 25 de enero de 2000, sobre repartidores de prensa; S.T.S. de 27 de noviembre de 2007 (Rec. 221/2007) sobre personal médico.

b) El sometimiento a jornada y a un horario de trabajo [S.S.T.S. de 10 de julio de 2000 o de 15 de octubre de 2001, si bien la ausencia de este indicio no impide calificar el contrato como laboral [por todas, S.T.S. de 14 de mayo de 1990. Ar/14314, sobre redactores de prensa y fotógrafos; S.T.C.T. de 12 de mayo de 1987. Ar/9809, sobre colaboradores literarios; S.T.C.T. de 7 de julio de 1987. Ar/15345, sobre limpiadoras de escaleras; S.T.S. de 26 de enero de 1994, sobre encuestadores.

c) La asiduidad en el trabajo, esto es, la reiteración del trabajo todos los días laborables (por todas, S.T.S. de 13 de abril de 1987. Ar/2407, sobre repartidores de pan) frente a la libertad de asistencia al trabajo, indicio de independencia laboral (por todas, S.T.S.J. de Madrid, de 24 de abril de 1989, sobre actividades de alterne; S.T.C.T. de 9 de junio de 1986. Ar/28455, sobre modelos de Bellas Artes).

d) La exclusividad en el trabajo (por todas, S.T.S. de 29 de enero de 1991 Ar/190), si bien la jurisprudencia admite la presencia de un contrato de trabajo en casos de pluriempleo (por todas, S.T.C.T. de 11 de diciembre de 1984, sobre limpiadoras o S.T.C.T. de 31 de marzo de 1987, sobre corresponsales periodísticos).

e) La inserción en la organización empresarial y la ausencia de una organización empresarial autónoma por parte del trabajador (por todas, S.T.S. de 19 de marzo de 1988. Ar/2403), el cumplimiento de órdenes e instrucciones del empresario [por todas, S.T.S. de 26 de enero de 1994, sobre encuestadores] o la necesidad de dar cuenta al empresario del trabajo realizado, controlando éste el resultado de la actividad [por todas, S.S.T.S. de 13 de abril de 1989. Ar/2967 o de 26 de enero de 1994, si bien la mayor o menor autonomía funcional a la hora de realizar el trabajo no siempre es jurisprudencialmente relevante (por todas, S.T.S. de 19 de mayo de 1986).

f) La aplicación de sanciones al trabajador por el empresario (por todas, S.T.C.T. de 9 de abril de 1981), si bien tal indicio tampoco sea jurisprudencialmente definitivo (por todas, S.T.S. de 6 julio de 1987).

g) El cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización al Régimen General de la Seguridad Social [por todas, S.T.S. de 6 de junio de 1995 (Ar/4639)], aunque la jurisprudencia haya declarado frecuentemente que este indicio por si solo no es suficiente para calificar de laboral una relación (por todas, S.T.S. de 3 de octubre de 1988).

h) Otros indicios serían la asistencia a un centro de trabajo (por todas, S.T.C.T. de 6 de febrero de 1986, sobre médicos; o S.T.C.T. de 23 de diciembre de 1986, sobre abogados); el hacer publicidad de la empresa en el vehículo de transporte o en las ropas (por todas, S.T.S. de 26 de febrero de 1986. Ar/834, o de 12 de septiembre de 1988.

Ar/6872); en sentido contrario, el pago de impuestos típicamente empresariales (I.V.A., I.A.E.) (por todas, S.T.S. de 25 de julio de 1989. Ar/5916; en contra, S.T.S. de 27 de junio de 1988, Ar/5470) o el carácter personal del trabajo realizado (S.T.S. de 25 de enero de 2000).

Son indicios de ajenidad según la jurisprudencia:

a) La no aportación de los medios o instrumentos de trabajo (materias primas, herramientas, maquinaria, vehículo de transporte, instalaciones, etc.) (por todas, S.T.S. de 13 de junio o de 15 de septiembre de 1988), aunque tal indicio no sea ni mucho menos definitivo jurisprudencialmente (por todas, S.T.S. de 26 de febrero de 1986. Ar/834 o de 26 de junio de 1986. Ar/3741).

b) La apropiación empresarial del producto elaborado por el trabajador (por todas, S.T.S. de 31 de marzo de 1997, Rec. 3555/1996), indicio que, desde luego, no resulta útil cuando se trate de una actividad de servicios.

c) La existencia de una contraprestación económica al trabajo cuya cuantía, comparada con la de los salarios de los trabajadores de la misma localidad y actividad, no envuelve un lucro o beneficio especial, sino que resulta equivalente a la de aquellos (por todas, S.S.T.S. de 25 de febrero o de 29 de marzo de 1990, Ar/1099 y 4517).

d) La ausencia de remuneración o la no percepción del salario mínimo interprofesional (por todas, S.T.C.T. de 19 de octubre de 1988 o S.T.S de 14 de septiembre de 1988, respectivamente). Si bien existe jurisprudencia que, con toda lógica, señala que la inexistencia de un salario garantizado no inferior al salario mínimo interprofesional *«no puede considerarse mecánicamente como un signo de*

extralaboralidad», puesto que esa situación bien puede responder a una práctica ilegal del empresario (por todas, S.T.C.T. de 2 de diciembre de 1987).

e) El carácter fijo y periódico de la remuneración percibida (por todas, S.T.C.T. de 23 de diciembre de 1986), aunque tampoco este indicio sea absolutamente concluyente ya que esta nota puede concurrir también en un contrato de arrendamiento de servicios (por todas, S.T.C.T. de 16 de junio de 1986).

La búsqueda de indicios variará según cuál sea el ángulo de la duda, esto es, según cuál sea el contrato afín al de trabajo cuyo enmarque se discuta.

Así, si la duda se refiere a un contrato asociativo, el elemento diferenciador será la ajenidad en la remuneración ya que el trabajo será dependiente al igual que en el contrato de trabajo.

Al contrario, si la duda se refiere a un contrato cambiario (de arrendamiento de servicios o de ejecución de obra, por ejemplo), será la dependencia en el trabajo el elemento diferenciador de un contrato de trabajo.

Aunque es dudoso que el art. 8.1 del ET establezca una verdadera y propia presunción jurídica, en ocasiones la jurisprudencia ha aplicado tal *«presunción»* en caso de duda interpretativa (S.T.S. de 19 de mayo de 1994, Ar/4463), trasladando la carga de la prueba procesal al empresario demandado (S.T.S. de 26 de febrero de 1990, Ar/1228, de 19 de mayo de 1994, Ar/4463 o de 10 de abril de 1995, Rec. 2060/1994).

Ante las dificultades que plantea la calificación de un contrato, derivadas de la falta de claridad de los criterios diferenciadores y el necesario recurso al sistema de indicios, en la práctica juegan, a la hora de calificar jurídicamente un determinado supuesto de hecho, una serie de factores sociales de naturaleza no jurídica tales como la costumbre, la presión de la opinión pública, la dependencia económica del trabajador de su trabajo y, especialmente, la influencia que el grupo profesional de trabajadores de que se trate pueda ejercer a través de los medios de presión colectiva.

La inclusión legal en el derecho laboral de los artistas, de los toreros, de los deportistas profesionales o de los representantes del comercio o la inclusión jurisprudencial de los mensajeros constituyen un ejemplo significativo de un movimiento social de opinión en tal sentido más que de un análisis detallado de los elementos de su relación laboral.

Aunque existen otros casos en los que la ley o la jurisprudencia ha evolucionado en sentido contrario, esto es, sacando del Derecho del Trabajo a determinados trabajadores (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, respecto de los representantes de comercio; o Ley 14/1994, modificativa del E.T., respecto de los transportistas).

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

En la delimitación de la relación laboral deben, no obstante, tenerse en cuenta las previsiones recogidas en el art. 1.3 ET, que expresamente excluye del ámbito laboral determinadas prestaciones de servicios.

Este precepto contiene una enumeración de actividades y trabajos excluidos del ámbito del contrato de trabajo. La mayoría de las exclusiones son declarativas, en el sentido de que se trata de supuestos en los que falta alguna de las notas características del contrato de trabajo; afectan, pues, a actividades que sustancialmente no son laborales. Su expresa mención en la lista de exclusiones sólo pretende clarificar o despejar las dudas que pudieran plantearse. Pero también hay exclusiones constitutivas, en el sentido de que se trata de supuestos o actividades en cuya prestación concurren las notas propias de la relación laboral y que quedan excluidas del ámbito laboral exclusivamente por decisión del legislador, que opta, así, por atribuirles un estatuto jurídico propio y específico, distinto del laboral.

En primer lugar, están excluidos del ámbito de aplicación de la normativa reguladora del contrato de trabajo los funcionarios públicos del Estado, Comunidades Autónomas, o Corporaciones Locales y personal estatutario de las instituciones sanitarias. Se trata de aquellos que, por Ley, prestan servicios en régimen de Derecho público, sea como funcionarios, sea como personal regido por normas administrativas o estatutarias. Su relación de prestación de servicios se regula por el Derecho Administrativo (art. 1.3.a ET; L. 7/2007, del Estatuto del Empleado Público). Es ésta una exclusión constitutiva, pues en la prestación de servicios de este personal concurren las notas de dependencia, ajenidad, retribución y carácter personal y voluntario. Su justificación se encuentra en la especial incidencia que en este ámbito tienen los principios de jerarquía y eficacia. La propia CE asume esta exclusión al prever la existencia de un Estatuto de los funcionarios públicos, distinto al Estatuto de los Trabajadores (art. 103.3 CE). En todo caso debe tenerse en cuenta que los funcionarios públicos cuentan con derechos laborales colectivos y se les aplica, con alguna salvedad, la normativa laboral sobre prevención de riesgos.

Tampoco se aplica la normativa sobre contrato de trabajo a las prestaciones personales obligatorias configuradas como deberes de los ciudadanos de obligado

cumplimiento, pues no existe, en estos casos, un verdadero contrato por faltar un consentimiento contractual en sentido estricto. Ni a los administradores o consejeros de sociedades mercantiles que ostenten, pura y simplemente, la condición de miembros del órgano administrador (o administradores únicos) de la sociedad rectora de una empresa, sin que trabajen en ésta por otro concepto. Falta en estos casos la dependencia, pues se trata de personas que forman parte del órgano de dirección de la empresa y, en ocasiones, la ajenidad, por la participación que tienen en el capital social. Tampoco se consideran incluidos en el ámbito laboral los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad, que se prestan en favor de una persona o de terceros en virtud de una relación de amistad o vecindad, en los que falta la retribución. En este grupo se incluyen los trabajos prestados por causas altruistas o por simpatía a una determinada causa. También están excluidos del ámbito laboral los trabajos familiares, por faltar el requisito de la ajenidad en la medida en que la familia actúa como unidad económica y de gestión, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los realicen. A estos efectos, el art. 1.3.e) ET considera familiares al cónyuge, a los ascendientes y descendientes y a los parientes consanguíneos, afines o adoptivos hasta el segundo grado, siempre que convivan con el empresario. Otro tipo de actividad excluida del ámbito laboral es la de los intermediarios mercantiles con asunción de riesgo, esto es, la de quienes asumen la responsabilidad por posibles incidencias o imprevistos y han de hacerse cargo de operaciones fallidas o del impago (agentes, comisionistas, mandatarios). La exclusión se refiere a supuestos en los que no hay ajenidad (el mediador o representante responde del buen fin de la operación, asumiendo responsabilidades por las incidencias o los imprevistos y gastos y pérdidas) ni dependencia (el mediador se organiza libremente y actúa como empresario).

Finalmente, se excluye del ámbito del contrato de trabajo a los transportistas con vehículos comerciales de servicio público cuando se trata de personas físicas con título habilitante para ejercer el transporte público discrecional de mercancías o personas, el vehículo sea de su propiedad o similar, exista precio, éste se pacte para varios cargadores o de forma continuada para un mismo cargador. Como cláusula de cierre, el

art. 1.3 ET señala que queda excluidos del ámbito laboral cualquier otro trabajo que se realice en desarrollo de una actividad distinta a la que se define en el art. 3.1 ET.

4. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES

No puede hablarse de una reserva absoluta a favor de la relación de trabajo sobre cualesquiera otros contratos de actividad. Lo que caracteriza al contrato de trabajo es que bajo esta relación contractual se desarrolla una prestación de servicios caracterizada por los rasgos que identifican al trabajo por cuenta ajena. Por eso existen otros contratos en los que se da una prestación personal de servicios de uno de los sujetos. Su diferenciación con el contrato de trabajo no siempre resulta sencilla.

Es lo que ocurre, en primer lugar, con el contrato de arrendamiento de servicios (art. 1544 CC), aquel por el que una de las partes se obliga a "prestar a la otra un servicio por precio cierto. Como acaba de indicarse, el contrato de trabajo constituye tan sólo una de las formas posibles de articular jurídicamente la prestación de trabajo para otro. La realización de trabajo productivo puede desenvolverse fuera del contrato de trabajo y bajo el ropaje jurídico de tipos contractuales previstos en el Código civil o en el Código de comercio. Ciertamente, el contrato de trabajo es la figura preeminente en la regulación del trabajo por cuenta ajena y a ello responden las fases de expansión subjetiva del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo. Pero esta expansión no ha sido siempre pacífica y ha encontrado fuertes resistencias precisamente en aquel tipo contractual que es antecedente del contrato de trabajo. Hoy el arrendamiento de servicios aparece, por la fuerza de los hechos o por la voluntad de las partes, como la contrafigura del contrato de trabajo, esto es, como el tipo contractual que se reparte con el contrato de trabajo la regulación de la prestación de trabajo por cuenta ajena.

El elemento que marca la diferencia entre ambas figuras contractuales es la dependencia, esto es, el modo en que el trabajador presta su trabajo. La subordinación o dependencia es típica y propia del contrato de trabajo, en tanto que la nota característica de los servicios prestados al amparo del contrato de arrendamiento de servicios es la autonomía e independencia. De este modo, la no laboralidad de esta prestación de trabajo se explica por la independencia y autonomía con que se realiza, fuera del poder de dirección de un empresario y con importantes dosis de libertad. El arrendamiento de servicios constituye el tipo contractual inicialmente empleado para formalizar la relación entre trabajador y empresario hasta que el contrato de trabajo se dota de sus propias características que lo diferencian e independizan de aquél. El arrendamiento de servicios queda entonces reservado para encuadrar las relaciones de servicios realizadas en régimen de autonomía. Se trata, en todo caso, de una figura que está redescubriendo su utilidad como tipo contractual aplicable a determinadas prestaciones de trabajo que, por distintos motivos, quedan extramuros del contrato de trabajo, por más que ello haya puesto de manifiesto la absoluta insuficiencia de las normas reguladoras de este contrato para abordar de forma completa unas relaciones de servicio completamente distintas a aquellas para las que inicialmente estaba pensado.

En cualquier caso, el análisis jurisprudencial revela cómo la drástica reducción del papel del arrendamiento de servicios, producido por la extensión de la normativa laboral que lo relegó a un papel absolutamente secundario, está siendo superada a través de lo que, hace años ya, se calificó como un discreto retorno del arrendamiento de servicios, y que hoy es ya una realidad. Esta modalidad contractual no laboral del arrendamiento de servicios se emplea habitualmente para articular la prestación de servicios de profesionales liberales (médicos, letrados, asesores jurídicos). Con todo, sigue resultando delicado, en la práctica, diferenciar entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios, y ello porque una misma actividad puede prestarse bajo ambas fórmulas. Serán las circunstancias concurrentes y el contenido de la relación los elementos decisivos para calificar la relación como laboral o no.

Similares dificultades se plantean respecto del contrato de arrendamiento o ejecución de obra (art. 1544 CC), que puede definirse como contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra a otra por precio cierto. En este caso, la diferencia con el contrato de trabajo es que en éste el objeto del contrato es el trabajo o la actividad, en tanto que en el contrato de obra se pacta no un servicio, sino un resultado. Falta también en este caso la dependencia y ajenidad en la medida en que quien realiza o ejecuta la obra lo hace con autonomía, no sometido a la dirección de quien la encarga.

A través del contrato de mandato, una persona se obliga a prestar un servicio o a hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra (art. 1709 CC). Como regla general, este contrato es gratuito, lo que elimina la nota de retribución que caracteriza a la relación laboral, pero, aunque se remunere la actividad del mandatario, no se considera laboral, y ello porque la obligación fundamental del trabajador en el contrato de trabajo consiste en una prestación de una actividad personal que normalmente no supone actuar en nombre del empresario ni que sus resultados repercutan en las esfera jurídica de éste, características que sí concurren en el contrato de mandato.

Algunos problemas de delimitación se plantean también respecto del contrato de agencia. La Ley 12/1992 de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia Mercantil, define este contrato como aquel por el que "una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable, a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. La independencia que caracteriza la actuación del agente, y que aparece expresamente mencionada en la definición de la figura, marca la diferencia con el contrato de trabajo. Por ello, cuando el agente desempeña su actividad en régimen de

dependencia o subordinación, su relación jurídica entra en la esfera de lo laboral y puede calificarse como relación laboral especial de mediadores mercantiles. Al respecto, la jurisprudencia social ha señalado que la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminatorias de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover y concluir actos y operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que al asumir dichas funciones queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

También plantean problemas los agentes de seguros privados pues éstos, a diferencia de los corredores de seguros, realizan normalmente su actividad de mediación en condiciones de dependencia. Sin embargo, la ya derogada Ley 9/1992, de 30 de abril, de Mediación en Seguros Privados, señalaba expresamente que el contrato de agencia de seguros tendrá siempre naturaleza mercantil, configurando así una exclusión constitutiva del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, exclusión que se mantiene en el art. 10.2 Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y de Reaseguros Privados. Mayores dificultades se plantean con los subagentes de seguros, que colaboran con los agentes en condiciones que pueden ser variables en cada caso. Respecto de los subagentes, había dicho la jurisprudencia que la relación que mantienen con los agentes puede ser calificada como laboral. La Ley 26/2006 de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, prevé la figura de los auxiliares externos de los mediadores de seguros que sustituye a la antigua figura de los subagentes y colaboradores y señala al respecto que los mediadores de seguros podrán celebrar contratos mercantiles con auxiliares externos que colaboren con ellos en la distribución de productos de seguros actuando por cuenta de dichos mediadores y podrán realizar

trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, sin que dichas operaciones impliquen la asunción de obligaciones (art. 8.1), con lo cual parece excluirse definitivamente a esta figura del ámbito de aplicación de la normativa laboral.

Las diferencias entre contrato de trabajo y contrato de sociedad son mayores. El contrato de sociedad civil es aquel por el que dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias (art. 1665 CC). Los problemas de delimitación se plantean cuando el socio presta alguna actividad o servicio en su cualidad de tal. La diferencia, que determina que el contrato no sea en estos casos de trabajo, deriva de que el socio no trabaja para otro, sino para la sociedad de la que forma parte y porque su remuneración no es salario, sino reparto de beneficios. Es posible, sin duda, la concurrencia de una doble relación, societaria y laboral, entre la sociedad y uno de sus socios. La jurisprudencia admite esa dualidad siempre que cada una de las relaciones mantenga sustantividad propia y cuando la aportación que efectúa el socio en virtud del contrato de sociedad sea distinta a la propia prestación de servicios laborales.

5. BUENA FE CONTRACTUAL

La Ley exige al trabajador cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe (art. 5.d) del E.T.), estableciendo que el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe (art. 20.2 del E.T.) (S.T.C.O. de 16 de enero de 1996). El art. 54.2,d) del E.T., por su parte, sanciona con el despido disciplinario la transgresión de la buena fe contractual, lo que significa que el trabajador debe evitar, por acción u omisión, que la empresa sufra daños.

El deber de buena fe contractual exige del trabajador, entre otras muchas cosas, lo siguiente:

1º) Denunciar los entorpecimientos que observase en su trabajo (falta de materiales, averías en las máquinas o instrumentos de trabajo, etc.).

2º) No ocasionar daños en el patrimonio de la empresa (locales, instalaciones, maquinaria, materias primas, etc.).

3º) Abstenerse de recibir propinas, ventajas o regalos constitutivos de soborno en su trabajo para hacerle incumplir sus obligaciones contractuales.

4º) No violar los secretos de empresa, bien por apropiación ilícita de las máquinas, bien por divulgación de aquellos que conoce por razón de su trabajo (secretos industriales, comerciales, financieros u organizativos) (S.T.S. de 28 de junio de 1990, Ar/5533).

5º) No competir con el empresario.

El incumplimiento de la obligación de buena fe contractual, en cualquiera de sus manifestaciones, originará las siguientes responsabilidades:

a) Una responsabilidad laboral disciplinaria: despido o sanción disciplinario menor (arts. 54.2.d) y 68 del E.T.).

b) Una responsabilidad contractual por los daños causados (arts. 1.101 y ss. del Código Civil).

c) Una responsabilidad penal, en su caso: delitos de descubrimiento o de revelación de secretos de empresa (arts. 278 y 279 del Código Penal).

El trabajador tiene como deber básico «no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta ley» (art. 5.d) E.T.), en los tres supuestos siguientes:

1º) Cuando se trate de una competencia desleal (art. 21.1 E.T.).

2º) Cuando exista un pacto de plena dedicación (art. 21.1 y 3 E.T.).

3º) Cuando exista un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo (art. 21.2 E.T.).

La prohibición de competencia desleal

No existe un concepto de competencia desleal, limitándose la ley a prohibir al trabajador «efectuar la prestación laboral para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal» (art. 21.1 E.T.).

Puede haber competencia desleal tanto cuando se trabaja por cuenta ajena para otro empresario como cuando se trabaja por cuenta propia, aunque la ley se refiera expresamente solo al primer supuesto (por todas, S.S.T.S. de 7 de marzo de 1990, Ar/1773 o de 29 de marzo de 1990, Ar/2367). Así, cuando vende en provecho propio productos no comercializados por la empresa en que trabaja, aparentando que actúa por cuenta de ésta última (S.T.S.J. de Cantabria, de 14 de marzo de 1991. Ar/1955); o cuando constituye con otros socios una sociedad haciendo coincidir los objetos sociales de ésta y de la empresa donde trabaja (S.T.S. de 17 de diciembre de 1990, Ar/9800); o cuando el trabajador desvía subcontrataciones a una empresa de la que es socio su esposa (S.T.S. de 16 de marzo de 1990, Ar/2163).

Los tribunales mantienen unánimemente que el art. 35 de la Constitución no ampara la realización de actividades competitivas con el empresario (por todas, S.T.S. de 28 de noviembre de 1990, Ar/8613; S.T.S.J. de Canarias, de 22 de marzo de 1991.

Ar/2243; S.T.S.J. de Cataluña, de 5 de marzo de 1992. Ar/1679; S.T.S.J. de Madrid, de 12 de mayo de 1992. Ar/2702).

Los Tribunales entienden que, en principio, para que haya concurrencia desleal ha de tratarse de trabajos del mismo sector de actividad (S.S.T.S. de 22 de septiembre de 1988. Ar/7093 o de 22 de octubre de 1990. Ar/7322). Ahora bien, existirá también cuando el objeto social de ambas empresas sea distinto, pero las funciones desempeñadas por el trabajador sean las mismas en las dos empresas y resulten decisivas para un eventual desvío de la clientela (S.T.S.J. de Galicia, de 25 de marzo de 1992. Ar/1254).

En definitiva, habrá «concurrencia desleal» cuando se utilicen los conocimientos adquiridos en una empresa para favorecer la actividad de la empresa concurrente o para desviar la clientela de una a otra (S.T.S. de 22 de septiembre de 1991. Ar/7093). Por ello, cuando no se utilizan los conocimientos adquiridos en la empresa, no hay concurrencia desleal (S.T.S. de 22 de octubre de 1990, Ar/7932).

La S.T.S. de 18 de octubre de 1988, Ar/8177, ha mantenido que la concurrencia ha de ser habitual, no bastando con una actuación esporádica.

Para que exista «concurrencia desleal» es preciso que el empresario no haya prestado su consentimiento, ni expresa ni tácitamente, para que el trabajador trabaje en otra empresa (S.T.S. de 5 de abril de 1990, Ar/3110).

No es preciso que se deriven beneficios directos para el trabajador; ni siquiera que se haya iniciado la actividad laboral competitiva (S.T.S. de 30 de marzo de 1987. Ar/1756; S.T.S.J. de Cataluña, de 21 de abril de 1992. Ar/2292), bastando con los meros actos de preparación que evidencien una intencionalidad suficiente en el trabajador (S.T.S. de 5 de junio de 1990. Ar/5020), intencionalidad que no ha de ser necesariamente dolosa (S.T.S. de 24 de noviembre de 1989. Ar/7431) y con

independencia de su duración (S.T.S.J. de Comunidad Valenciana, de 23 de octubre de 1991. Ar/5859 o S.T.S.J. de Galicia, de 4 de diciembre de 1991. Ar/6627).

Según la jurisprudencia, no se requiere la existencia de perjuicios efectivos o reales en la empresa, bastando con los potenciales que se presumen «iuris tantum» en el caso de que el trabajador trabaje en actividades idénticas o análogas (S.S.T.S. de 9 de diciembre de 1985, Ar/7294, de 8 de febrero de 1991, Ar/8171 o de 8 de marzo de 1991, Ar/1840).

Los meros «contactos o conversaciones» no serían constitutivos de «concurrencia desleal» (S.S.T.S. de 7 de octubre de 1987. Ar/6855 o de 17 de diciembre de 1990. Ar/9801).

La prohibición se mantiene obviamente durante las vacaciones ya que, aunque no hay obligación de trabajar, la relación jurídico contractual continua y, con ella, «los deberes que hacen relación a la buena fe contractual, que al seguir en vigor hacen que su incumplimiento pueda originar la correspondiente sanción» (S.T.S. de 30 de marzo de 1987. Ar/1756).

Lo mismo cabría decir de los periodos de excedencia (S.T.S.J. de Galicia, de 25 de marzo de 1992. Ar/1254), de baja laboral (S.T.S. de 8 de julio de 1983. Ar/3745) o de suspensión del contrato por sanción disciplinaria (S.T.S. de 14 de mayo de 1986. Ar/2555).

Sí que podría negarse dado que la excedencia es un supuesto de suspensión del contrato en el que las partes sólo quedan exoneradas de los deberes mutuos de trabajar y remunerar el trabajo, manteniéndose el resto de obligaciones, y, entre ellas, el deber de no concurrir a la actividad de la empresa (S.T.S. de 3 de octubre de 1990, Ar/7526).

El pacto de plena dedicación

En el contrato de trabajo es posible pactar la plena dedicación a la empresa mediante compensación económica (art. 21.1 E.T.).

Pese al equívoco término de «plena dedicación», la ley se está refiriendo a un pacto de «exclusiva dedicación» a la empresa, que impide trabajar durante su vigencia al trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena en otra empresa.

Evidentemente todos los pactos, por definición, deben ser libres. Por ello, si el trabajador no se aviene a pactarlo, ni podrá obligarle, ni podrá despedirle o sancionarle por ello. Como ha señalado la S.T.S.J. de Baleares, de 1 de abril de 1992 (Ar/1786), «la plena dedicación no es nota tipificadora de la relación laboral, sino que el art. 21 del E.T. exige para ello la voluntariedad del trabajador y adecuada compensación económica».

La forma del pacto no viene prevista en la ley, por lo que podrá pactarse por escrito o verbalmente, pudiendo existir en este último caso problemas de prueba, por lo que es recomendable su formalización por escrito.

No existe un momento legalmente idóneo para el pacto, por lo que podrá realizarse tanto al iniciar la relación laboral como en un momento posterior de la vigencia del contrato.

La ley no fija plazo alguno, por lo que podrá ser temporal o indefinido, a voluntad de las partes.

Las partes fijaran en el pacto la cuantía de la compensación económica, respetando en su caso lo dispuesto en convenio colectivo con carácter mínimo, mínimo que no fija la ley.

Esta compensación económica no poseerá naturaleza salarial sino extrasalarial a todos los efectos (indemnizatorios, por ejemplo).

A la vista de la ley, cabrá pactar otras compensaciones a la plena dedicación distintas de la económica (jornada, horarios, turnos, vacaciones, etc.), si bien con

carácter acumulativo y nunca alternativo. La propia ley alude a la posible existencia de «otros derechos vinculados a la plena dedicación» (art. 21.3 del E.T.).

El trabajador podrá unilateralmente rescindir el pacto de plena dedicación y recuperar su libertad de trabajar en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación (art. 21.3 E.T.).

El Tribunal decidirá de acuerdo a criterios de proporcionalidad, a falta de pacto expreso sobre el particular.

Sin duda cabrá la rescisión unilateral del pacto liberando al trabajador de la obligación de no concurrencia. Y, probablemente, en este caso, sin necesidad de tener que preavisar al empresario con una antelación de treinta días, preaviso previsto para el caso de rescisión unilateral sin causa por parte del trabajador en el art. 21.3 del E.T.

La rescisión del pacto es extrajudicial («el trabajador podrá unilateralmente rescindir el pacto de plena dedicación») y no judicial, únicamente condicionado al cumplimiento del plazo de preaviso de treinta días.

La doctrina, unánimemente, viene admitiendo esta posibilidad de acudir al art. 41 del E.T. para rescindir el pacto de plena dedicación.

La prohibición de competencia después de extinguido el contrato de trabajo

La prohibición de competencia después de extinguido el contrato de trabajo ha de pactarse previamente entre empresario y trabajador (art. 21.2 E.T.).

La ley no concreta momento alguno, por lo que podrá realizarse en el momento de estipular el contrato, a lo largo de su vigencia o en el momento de su extinción (S.T.S. de 28 de junio de 1990, Ar/5537).

La finalidad del pacto es evitar que el trabajador aproveche en propio beneficio o de un tercero y en perjuicio de la empresa los conocimientos o la clientela adquiridos (S.T.S. de 29 de octubre de 1990. Ar/7722 o S.T.S.J. de Baleares, de 30 de julio de 1991. Ar/4728) y, al mismo tiempo, se asegure unos mínimos ingresos (S.T.S. de 29 de octubre de 1990, Ar/7722).

La ley no establece forma alguna, por lo que podrá ser verbal o escrito, si bien en el primer caso habrá problemas de prueba, por lo que es recomendable su formalización por escrito (S.T.S. de 6 de marzo de 1991. Ar/1835).

Nada impide pactar en un contrato temporal, dado que su normativa reguladora no lo impide expresamente (S.T.S.J. de Cataluña, de 12 de mayo de 1992. Ar/2834).

El pacto de no competencia postcontractual posee el mismo contenido que la prohibición de concurrencia durante el contrato, abarcando tanto el trabajo por cuenta ajena como el trabajo por cuenta propia (S.T.S. de 18 de mayo de 1998).

Régimen legal.- Según el art. 21.2 del E.T.:

a) El pacto no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores.

b) El empresario debe tener un efectivo interés industrial o comercial.

c) Deberá pactarse una «compensación económica adecuada».

La duración legal es una duración máxima, por lo que podrá pactarse una duración menor pero nunca superior (S.S.T.S. de 2 de enero de 1991. Ar/46 o de 18 de mayo de 1998).

La jurisprudencia ha señalado que la diferencia entre los «técnicos» y los «demás trabajadores» a estos efectos reside en que su actividad laboral requiera o no conocimientos técnicos, sin que deba entenderse el término «técnico» equiparado a «técnico titulado» (S.T.S. de 28 de junio de 1990, Ar/5537).

La compensación económica adecuada está fijada por la ley como elemento imprescindible para la existencia del pacto de no competencia, por lo que si no existe el trabajador no quedará vinculado por tal pacto.

La ley solo hace referencia a una compensación económica adecuada, por lo que, en principio, es admisible cualquier fórmula económica que no tendrá naturaleza salarial, sino indemnizatoria. Aunque sí que deberá existir una correlación entre la cuantía de la indemnización y la duración de la no concurrencia postcontractual (S.T.S., en unificación de doctrina, de 2 de enero de 1991, Ar/46). Acaso, sería abusivo el pacto que fijase una cuantía que nada tuviera que ver con el trabajo desempeñado anteriormente y con su remuneración.

La obligación del trabajador de no concurrir, dado su carácter recíproco respecto de la compensación económica, cesará a partir del momento en que el empresario no le abone ésta. Y, acaso, con derecho a una indemnización de daños y perjuicios a su favor (S.T.S. de 24 de septiembre de 1990, Ar/7042).

El E.T. no prevé indemnización alguna en estos casos, pudiendo desde luego fijarse en el pacto (S.T.S. de 5 de febrero de 1990, Ar/821) y, en su ausencia, cabrá exigirla sin perjuicio de las eventuales dificultades para cuantificar su importe (S.T.S. de 2 de enero de 1991. Ar/46).

En todo caso, el trabajador deberá devolver al empresario el importe de la compensación económica pactada (S.T.S. de 3 de febrero de 1991. Ar/790 o S.T.S.J. de Baleares, de 2 de septiembre de 1991. Ar/5116).

La jurisdicción competente será la social, habida cuenta del origen contractual de dichas indemnizaciones.

La S.T.S. de 3 de febrero de 1991, Ar/790, ha señalado que el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de las acciones derivadas del pacto de no concurrencia postcontractual no correrá mientras esté vigente el mismo, iniciándose su cómputo a partir de la finalización de su vigencia, dado que el pacto «constituye un

nuevo contrato de naturaleza laboral, otorgado con ocasión de la extinción del previo contrato de trabajo».

Un pacto sin establecimiento de compensación económica es nulo y sin efectos desde el comienzo (S.T.S. de 10 de julio de 1991, Ar/5880).

Suscrito y válido el pacto, el mismo subsiste aunque sobre él nada se haya dicho en el acto de conciliación. En tal acto podría haberse modificado o dejado sin efecto mediante acuerdo expreso y con constancia, pero si nada se explicita el pacto se mantiene vigente (S.T.S., de 21 de marzo de 2001).

El incumplimiento de las prohibiciones legales

Competencia desleal y pacto de plena dedicación.- En los casos de competencia desleal y de incumplimiento del pacto de plena dedicación se incurre en causa de despido disciplinario por «transgresión de la buena fe contractual» (art. 54.2.d) E.T.) o de sanción disciplinaria menor, según el convenio colectivo aplicable (art. 58 E.T.).

Pacto de no competencia una vez extinguido el contrato.- El incumplimiento del pacto de no competencia una vez extinguido el contrato supondrá la pérdida de la compensación económica pactada (art. 21.2 E.T.) y el abono de una indemnización al empresario por los daños y perjuicios causados.

El pacto de permanencia en la empresa

Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario «para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico», podrá pactarse por escrito entre ambos la permanencia en dicha empresa por una duración no superior a dos años (art. 21.4 E.T.).

Los tribunales exigen que se trate de un tipo de formación con cargo a la empresa que mejore significativamente la capacidad profesional del trabajador y que suponga un coste adicional para la empresa (SS.TS de 21 de diciembre de 2000, o de 26 de junio de 2001).

Los tribunales exigen la conexión del pacto de permanencia con estas dos causas legales -«poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico»-, no admitiendo razones distintas (S.T.S.J. de Castilla- León, de 3 de mayo de 1991. Ar/3004). Se trata de que el empresario amortice suficientemente los gastos originados por tales trabajos (S.S.T.S. de 23 de junio de 1990, Ar/6458, de 14 de noviembre de 1990, Ar/8572 o de 14 de febrero de 1991, Ar/837).

La ley establece el máximo de dos años, por lo que no cabrá pactar en convenio colectivo o individualmente una duración superior, aunque sí una duración inferior (S.T.S., u.d., de 26 de junio de 2001). Ahora bien, en caso de hacerlo, el pacto de permanencia será válido si bien limitado al plazo máximo de dos años (S.T.S.J. de Cataluña, de 29 de septiembre de 1994. CISS/415).

La ley prevé la formalización por escrito del pacto de permanencia (art. 21.4 del E.T.), con carácter constitutivo, esto es, como condición de validez del pacto.

La ley deja bien claro que se trata de un pacto libre -«podrá pactarse entre ambos»- por lo que no cabrá la imposición unilateral del empresario.

La Ley no establece el momento oportuno, por lo que podrá pactarse en el momento inicial de contratar o con posterioridad durante la vigencia del contrato. (S.T.S. de 18 de mayo de 1990, Ar/4360), si bien el inicio de sus efectos quedará subordinado al momento en que se produce su causa justificativa, esto es, la superación por el trabajador de la especialización profesional correspondiente (S.S.T.S. de 1 de marzo y de 23 de julio de 1990, Ar/1745 y 6458).

Incumplimiento del pacto de permanencia en la empresa.- El incumplimiento del pacto de permanencia en la empresa «si el trabajador abandona el

trabajo antes del plazo» genera el derecho del empresario a una indemnización de daños y perjuicios (art. 21.4 E.T.).

El Tribunal Supremo lo ha admitido siempre que la duración del pacto no sea superior a la duración del contrato (STS, de 26 de junio de 2001) y que la empresa hubiese realizado inversiones específicas en formación adicionales a las estrictamente requeridas por el contrato de trabajo en prácticas. La S.T.S. de 6 de mayo de 2002, lo considera, sin embargo nulo por abusivo.

La jurisprudencia cuantifica esta indemnización en función de los desembolsos efectuados por el empresario para la especialización profesional del trabajador (S.T.S. de 14 de febrero de 1991. Ar/837), graduando su cuantía según se haya resuelto el contrato por el trabajador durante el primero o el segundo año del pacto (S.T.S. de 1 de marzo de 1990, Ar/1745). Sólo cabrá indemnización cuando la empresa hubiese prestado una formación profesional singular o cualificada que hubiera supuesto un coste especial o extraordinario (S.S.T.S. de 21 de diciembre de 2000, de 29 de diciembre de 2000; de 26 de junio de 2001).

Equivale a incumplimiento del pacto de permanencia, con independencia de que preavise o no al empresario de la extinción del contrato.

En caso de «abandono», esto es, de extinción unilateral sin preaviso, además de la indemnización por incumplimiento del pacto de permanencia, deberá abonar la indemnización por incumplimiento del preaviso.

La S.T.S., en unificación de doctrina, de 14 de febrero de 1991, Ar/837, ha sostenido que el pacto de permanencia limite la facultad de desistimiento que el empresarial normalmente tiene durante el período de prueba pactado: «la posición precaria que pudiera tener (el trabajador) vigente el plazo de prueba, ha desaparecido mediante la viabilidad práctica del pacto de permanencia, que bien se ha hecho ineficaz en su favor el periodo probatorio, de modo que el contrato deviene ya indefinido, aunque con su obligación de continuar en el servicio el tiempo de dos años».

XVI. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD Y LA VIS EXTENSIVA DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

El art. 8.1 ET, bajo una forma idéntica a la de las presunciones clásicas, incluye una afirmación que en realidad no comparte el fundamento de éstas1. Y es que la aparente presunción legal de laboralidad se configura hoy como una mera reiteración de las mismas notas esenciales que ya enumera el art. 1.1 del ET2. Por esta razón, y para evitar los problemas interpretativos que puede ocasionar la desaparición de la clásica presunción legal de laboralidad, se crea, esta vez judicialmente, otro tipo de presunciones que, aunque con diverso alcance, pretenden también extender las fronteras del Derecho del Trabajo.

Posiblemente la desaparición de la presunción legal de laboralidad podría interpretarse como una privación del cauce más importante a través del que se materializaba el favor laboratoris o la vis extensiva de las normas laborales. Pero no se puede olvidar que también se consigue una ampliación de su ámbito de aplicación a través de otras técnicas. En concreto, gracias a las nuevas presunciones judiciales resurge con gran fuerza una de las manifestaciones del principio pro operario que se podría definir como in dubio pro contrato de trabajo.

2. CONTENIDO CLÁSICO DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

Tradicionalmente, por ministerio de la ley, se entendía celebrado el contrato de trabajo salvo prueba en contrario, por el mero hecho de que una persona hubiese prestado servicios retribuidos4. En cambio, la respuesta de la norma vigente es muy distinta. El contenido literal del art. 8.1 ET requiere la concurrencia simultánea de tantos presupuestos para permitir calificar una relación como laboral que en realidad no viene más que a repetir en otros términos las mismas notas identificativas de la relación que enuncia el art. 1.1 del propio ET.

Tal conclusión se acepta mayoritariamente por doctrina y jurisprudencia6. Otra cosa es que, por su utilidad a la hora de extender las fronteras del contrato de trabajo, o simplemente por motivos de inercia aplicativa, aún hoy algunas sentencias interpretan la redacción literal del art. 8.1 ET en el sentido de una auténtica presunción de laboralidad, idéntica a la clásica, o al menos muy parecida.

La intención del legislador de 1980 al redactar el actual art. 8.1 del ET es confusa. Según la posición mayoritaria, la segunda frase del art. 8.1 ET tan sólo sirve para reforzar el «principio de libertad de forma» en el contrato de trabajo que plasma el primer inciso del mismo art. 8.1 ET. De esta manera, dicho art., no contendría ninguna clase de presunción, sino que simplemente reiteraría los cinco elementos constitutivos del contrato de trabajo. La literalidad del art. 8.1 ET indica que el legislador sólo está permitiendo tácitamente que el contrato de trabajo se pueda celebrar de manera expresa (sea por escrito o de palabra) y también de manera tácita. Y el término «se presumirá» se estaría utilizando para admitir la existencia y validez de un contrato de trabajo no formalizado -o al menos sin otro tipo de formalización que el ejercicio de la prestación de servicios-. Cuando se inicia una «relación laboral de hecho» a través de un contrato de trabajo concertado de manera tácita, será necesario recurrir a «actos concluyentes» que permitan probar su existencia. Y precisamente la constatación de que se ha estado prestando un servicio que se ajusta simultáneamente a los cinco rasgos identificativos del contrato de trabajo, constituye el «hecho concluyente» que hace falta.

Pese a todo, en ocasiones excepcionales, jueces y tribunales optan por apartarse de la línea general que niega al art. 8.1 el valor de una auténtica presunción y consideran que la redacción actual del art. 8.1 ET obedece a un mero olvido o, mejor dicho, a un defecto de trasposición de la legislación precedente al texto estatutario, y por eso siguen valorando el hecho de que se preste un servicio retribuido en interés ajeno como un rasgo por sí sólo favorable a la laboralidad del vínculo.

En definitiva parece más apropiado considerar que, en realidad, con el art. 8.1 ET se produjo una superación de la tradicional presunción de laboralidad (que habían sostenido tanto el CT de 192614 como la LCT de 1944) en la misma línea que ya manifestó la fugaz LRL 16/1976 que no incluyó tampoco en su articulado ninguna referencia a la «presunción de laboralidad». Por tanto, se puede concluir que la redacción literal del art. 8.1 ET induce a confusión por el simple hecho de que el legislador desafortunadamente elige la fórmula clásica de las presunciones para plasmar lo que en realidad es sólo la legitimación de la forma tácita de concertar un contrato de trabajo16. Y es que, al redactar el citado precepto, aunque se utilice la expresión "se presumirá, el texto de la ley exige unos hechos-indicio sobre los que sustentar la existencia del hecho presunto, que en realidad coinciden exactamente con los elementos esenciales configuradores de una auténtica relación laboral, sin dejar margen de ninguna clase para que opere la aparente presunción legal a favor de la naturaleza laboral de la relación controvertida.

Curiosamente, y a pesar de las discrepancias interpretativas que lleva aparejadas el citado precepto, su redacción se mantiene invariable desde 1980, olvidando el legislador que hubiese sido muy útil precisar su alcance.

3. LA VIS EXTENSIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No siempre basta con hacer uso de las amplias posibilidades interpretativas que permite hoy la ambigua redacción literal del art. 1.1 ET para extender el ámbito de protección laboral a todas las prestaciones de servicios en las que una de las partes actúa sometida a dependencia jurídica y, por ese motivo, el intérprete se ve obligado a recurrir a otros instrumentos complementarios.

En concreto, centrándonos en las presunciones judiciales, en los últimos años se empiezan a advertir en la jurisprudencia laboral, quizá como consecuencia de la desaparición legal de la vieja presunción de laboralidad, hasta cinco nuevos tipos de presunciones de laboralidad. A saber: en la valoración de la prueba diabólica, a la hora de determinar la competencia de la jurisdicción social, ante contextos indiciarios híbridos, utilizando un concepto flexible de dependencia laboral y, extrapolando al ámbito laboral la presunción fiscal de trabajo retribuido, o de manera más concisa, la presunción de trabajo retribuible.

A diferencia de la clásica «presunción de laboralidad», las modernas presunciones tienen origen judicial. Todas ellas heredan de la presunción legal la intención de facilitar a la parte contractual más débil la prueba de la naturaleza laboral de su relación, aunque lo hacen en virtud de argumentos distintos. Por medio de esta nueva respuesta se consigue, al igual que antes, ampliar el ámbito de protección laboral ante situaciones confusas; pero no se hará ya a través de una presunción directamente encaminada a declarar la naturaleza laboral de una relación controvertida, sino a través de una fórmula indirecta: cada una de las recientes presunciones trata de estimar suficientemente cumplida una de las notas constitutivas del contrato de trabajo que, por las particularidades del caso, haya presentado serias dificultades probatorias.

En el campo jurídico, particularmente en su ámbito procesal, corresponde a cada parte probar los hechos que fundamentan sus pretensiones. Y para ello se parte de los medios de prueba reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico: la prueba confesional, la documental (tanto pública como privada), la testifical, la inspección personal del juez, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso (299.2 LEC), etc. Ahora bien, existen diversas excepciones a esta distribución del onus probandi.

Tradicionalmente se considera «diabólica» a la prueba que es muy difícil o imposible y afecta principalmente a hechos negativos. Con esta denominación se intentan expresar las enormes dificultades de constatar a través de rasgos fácticos algo que no ha ocurrido nunca; y, excepcionalmente, también alguna clase de hechos positivos sometidos a una prueba particularmente compleja. En realidad no se trata de una auténtica presunción, sino de una inversión de la carga de la prueba motivada por circunstancias distintas. Posiblemente tenga su origen en el clásico principio procesal nemine damnatur sine audiatur, que se podría encuadrar hoy dentro de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE.

Pero, pese a la indefensión que puede sufrir el sujeto afectado por una carga probatoria de esta clase, ni en el ya derogado Capítulo V del Título IV del C.C. ni en la actual LEC existe ninguna referencia expresa a la prueba de hechos negativos. Tampoco la prueba diabólica encuentra una ubicación clara en la definición normativa de las presunciones legales o judiciales. Tan sólo puede estimarse que existe una referencia implícita a la prueba diabólica en la ambigua redacción del art. 217.6 LEC que da acogida al principio de “disponibilidad o proximidad de la prueba, y que, como último recurso, podría utilizarse para legitimar la inversión jurisprudencial de la carga de la

prueba en aquellos supuestos en los que uno de los contendientes debe probar un hecho que nunca ha ocurrido, aunque sea cierto.

A pesar de la falta de reconocimiento expreso, la tendencia jurisprudencial se decanta por invertir la carga de la prueba cuando ésta consiste en una «prueba diabólica», no sólo en el ámbito civil sino también en el laboral.

Las presunciones (legales o judiciales) nacen normalmente con la finalidad de proteger al sujeto más débil de la relación jurídica; en cambio, por medio de la inversión jurisprudencial de la carga probatoria ante una prueba diabólica sólo se intenta proteger al sujeto que se encuentra en una situación procesal (y no necesariamente material) de desigualdad, al encontrarse sin arma legal con que defenderse en juicio.

Para hacer frente a la situación de desprotección que lleva consigo la «prueba diabólica», se recurre a una peculiar inversión judicial de la carga de la prueba. Es preciso advertir que esta técnica, estrictamente, no se origina en virtud de una auténtica «presunción judicial», pues, a diferencia de lo que ocurre con las presunciones, no se apoya en una simple prueba indiciaria, aunque genera la misma inversión probatoria.

Esta práctica interpretativa que tuvo su origen en el ámbito civil y penal, se traslada también al proceso laboral, y en él presenta sus particulares repercusiones:

En primer lugar, debe advertirse que sólo se ha podido constatar la tendencia jurisprudencial a admitir inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador dependiente a efectos de calificar el vínculo jurídico y en cambio, no siempre actúa en otros aspectos de la vida de una relación laboral, cuyo análisis excede del contenido de este estudio.

En segundo lugar, en el ámbito social, a la hora de apreciar la existencia de una relación laboral, la inversión de la carga de la prueba de hechos negativos beneficia tan sólo al trabajador dependiente y en cambio nunca se utiliza a favor del empresario, cuando de esta manera se perjudicaría el pretendido carácter laboral de la relación controvertida.

Pero no sólo es eso. Desde otro punto de vista, también el trabajador siempre se encuentra obligado a justificar ciertos hechos aunque sean de prueba muy difícil, puesto que el juzgador nunca los considera de prueba imposible. Por ejemplo, la jurisprudencia se muestra tajante inadmitiendo cualquier clase de inversión de la carga de la prueba cuando lo que se trata de probar es simplemente que se ha estado prestando materialmente un «servicio retribuido».

Todo parte de que este tipo de inversión probatoria, en el ámbito procesal laboral tiene una doble justificación: no sólo trata de proteger a la parte procesal que se encuentra obligada a probar una circunstancia que no ha tenido materialización efectiva de ninguna clase, sino que además está destinada a compensar la desigualdad jurídica que afecta al contratante más débil de la relación laboral.

Las reglas de la carga probatoria se invierten cuando, para destruir la apariencia de autonomía creada por la otra parte contratante, el sujeto que presta un servicio debe probar un hecho negativo. Es decir, tendría que intentar probar que no ha hecho algo concreto que la otra parte le imputa y, sin tal constatación, prevalecerían argumentos muy fuertes a favor de la autonomía plena en la ejecución del trabajo.

Así, un trabajador dependiente podrá beneficiarse de la inversión probatoria en los casos en que, estando interesado en demostrar la laboralidad de su relación, encuentra en su contra ciertas cláusulas contractuales, plasmadas por escrito en el texto del contrato (y por ese motivo, fácilmente constatables), radicalmente contrarias a esta laboralidad, que normalmente están relacionadas con la controvertida existencia de la nota constitutiva de la «ajenidad».

En este contexto, se beneficia la posición del trabajador aparente sólo por el hecho de no exigir prueba fehaciente o prueba estricta de la materialización de las cinco notas esenciales del contrato de trabajo. Es decir, para constatar la laboralidad, no se necesitaría aportar pruebas que indiscutiblemente permitan apreciar sus cinco elementos configuradores; sino que bastaría con aportar datos de suficiente valor como para crear una apariencia razonable de que concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, aunque no se aporten pruebas irrefutables de que la prestación de servicios se ha realizado sometida a un régimen de dependencia y ajenidad. Y esta imagen de laboralidad basta para sustentar la calificación final del tribunal siempre y cuando no se pueda destruir por medio de otros medios de prueba.

De esta manera, para atenuar el peso en el proceso de ciertas circunstancias negativas se invierte el orden normal de la carga de la prueba, creando un mecanismo probatorio muy similar al de las presunciones. La parte obligada a justificar su posición aportando hechos que le afectan de prueba muy difícil o incluso imposible se beneficia de la misma manera que si contase con una presunción legal a su favor: bastará con que cree una apariencia creíble de realidad para que sea la otra parte la que se vea obligada a rebatir con hechos concluyentes su argumentación.

Es decir, en estas situaciones, para destruir la apariencia de laboralidad creada se tendrán que aportar elementos probatorios que, de manera irrefutable, conduzcan hacia

la autonomía, haciendo recaer en este caso sobre el empresario, la carga probatoria de los hechos que le afectan, exigiéndole entonces una prueba que no pueda ser desvirtuada por las restantes características del caso.

El juzgador parte de la consideración de que si verdaderamente el vínculo controvertido tiene naturaleza civil, al sujeto interesado en probar su autonomía no le faltarán medios de prueba idóneos como para sustentar de manera irrefutable su afirmación. Es cierto que esta práctica impone a una de las partes procesales una labor probatoria más compleja, pero lo hace con el fin de evitar que una relación laboral pase desapercibida sólo por el hecho de que las circunstancias en las que se ha realizado el servicio no favorezcan la constatación de la dependencia y la ajenidad que identifican la prestación laboral

Pero para que entre en juego esta nueva versión jurisprudencial de «la presunción de laboralidad» al trabajador no le bastará con afirmar la existencia del hecho que le incumbe para sustentar su opinión, sino que además tendrá que aportar indicios de peso suficiente como para crear al menos, una apariencia razonable de la existencia del hecho presunto, proyectando así una imagen de laboralidad suficientemente sólida, aunque se le exima de una prueba indubitada.

En virtud de este criterio interpretativo, cuando el hecho que se aporta por el empresario necesitaría para ser destruido la prueba de un hecho negativo; o de un hecho positivo pero de muy difícil prueba, se invierte jurisprudencialmente la carga de la prueba y se trasforma en una exigencia reforzada de veracidad para la parte procesal a la que no le afecta la «prueba diabólica» (en este caso, la parte empresarial).

Por lo tanto, en la esfera laboral, la técnica de la inversión de la carga de la prueba tiene un fundamento doble: gracias a ella, no sólo se evita la desigualdad de las

partes del proceso, sino que también se permite canalizar una concreta manifestación de la vis extensiva del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo. La «prueba negativa o prueba diabólica» tendrá entonces una gran trascendencia, pues consigue el mismo trato probatorio beneficioso para el presunto trabajador dependiente sin necesidad de contar con una presunción legal de laboralidad, aunque, a diferencia de la clásica presunción legal de laboralidad, no opere de forma generalizada sino sólo para compensar ciertas dificultades de prueba.

Se trata ahora de advertir la flexibilización que están experimentando todas las notas constitutivas del contrato de trabajo, no sólo a efectos de determinar finalmente la naturaleza jurídica de una prestación de servicios, sino incluso a la hora de admitir a trámite la demanda, cuando se suscitan controversias relativas a la correcta calificación de un vínculo.

Los art. 9.5 y 25 LOPJ y el art. 1 LPL concretan el ámbito material de la jurisdicción laboral. A pesar de la literalidad del texto de la ley, la jurisprudencia venía realizando una interpretación estricta de los presupuestos delimitadores de la jurisdicción social, declarando la incompetencia de la jurisdicción social e inadmitiendo a trámite la demanda en cualquier supuesto que, a priori, no reuniese suficientes datos como para sustentar la presencia simultánea de las cinco notas constitutivas del contrato de trabajo. Pero tal respuesta empieza a cambiar conforme se acerca el cambio de siglo.

La estricta interpretación del ámbito material de la jurisdicción social en los años 80, deja paso a una general admisión a trámite desde el año 2000. Y es que la flexibilización de los presupuestos constitutivos del contrato de trabajo no se manifiesta exclusivamente en el fallo, declarando la naturaleza laboral de ciertas situaciones en las que las notas esenciales del contrato de trabajo no concurren con la misma intensidad con que lo hacían en la etapa de producción fordista. La tendencia actual es la de

reconocer la competencia de la jurisdicción laboral en la mayor parte de los supuestos en los que se trata de dilucidar la naturaleza jurídica del vínculo. La atenuación de los rasgos constitutivos del contrato de trabajo también se deja sentir en una fase jurisdiccional anterior: en el momento mismo del inicio del proceso.

El tribunal se sigue declarando incompetente por razón de la materia, pero lo hace hoy de manera diferente. Mientras hace unos años, la concurrencia de ciertos datos indiciarios, motivaba directamente la inadmisión de la demanda o, en su caso, del recurso, hoy en día la misma situación permite iniciar un proceso laboral encaminado a determinar la naturaleza jurídica de cierta prestación de servicios.

Dicho de otra manera, a pesar de la progresiva expansión de los contornos de la laboralidad, también hoy puede prevalecer el carácter civil del vínculo, en cuyo caso el tribunal se declarará incompetente (o confirmará la sentencia de instancia que declaraba la incompetencia de la jurisdicción social), pero lo hará después de desarrollar un proceso destinado a valorar las circunstancias del caso y desentrañar su verdadera naturaleza jurídica.

Ahora bien, la diferencia entre estimar la incompetencia de jurisdicción a través de un auto o en la misma sentencia es muy importante.

En los últimos años la práctica viene demostrando que en el ámbito laboral se contraviene la tendencia general de limitar el desarrollo de un proceso judicial en vano que proclama con carácter general la nueva LEC. En sentido opuesto, la jurisdicción social parece decantarse por la utilidad de desarrollar un proceso judicial ante casos controvertidos con el fin de no dejar pasar desapercibida la naturaleza laboral de una prestación atípica.

Se atenúan las notas constitutivas de la laboralidad, y ello se demuestra sólo constatando que, en la mayoría de ocasiones, se declara la competencia de la jurisdicción laboral para conocer asuntos que hace unos años hubiesen sido rechazados, aunque al final no prospere la naturaleza laboral del vínculo controvertido y se llegue a idéntica declaración de incompetencia de jurisdicción. Y es que, de manera generalizada, la incompetencia de la jurisdicción social se declara hoy a través de sentencia, en el último momento procesal, de modo que, para intentar potenciar al máximo el reconocimiento de la laboralidad, por muy atípico que sea su contenido, en muchas ocasiones se corre el riego de cursar un proceso equivocado.

La frontera difusa de la laboralidad y los contornos cada vez más flexibles de la dependencia, son los factores que en última instancia mueven al juzgador a admitir a trámite cierto tipo de demandas, pues se advierte que sólo a través de un estudio detallado del caso se puede negar o afirmar correctamente la laboralidad de la relación, y para ello, es imprescindible desarrollar el proceso completo. El juzgador estima precipitado rechazar la competencia de la jurisdicción social a través de un auto, en la fase procesal inmediatamente posterior a la presentación de la demanda y, por ese motivo pospone su decisión al dictar sentencia. Sólo así la calificación final se podrá apoyar en una valoración completa de todos los datos relevantes que entran en juego durante la materialización de la prestación controvertida.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el siglo XXI empieza a caracterizarse porque se admiten a trámite demandas acerca de la correcta calificación de prestaciones de servicios atípicas y muy alejadas del modelo industrial de relaciones laborales que, hasta finales del siglo XX hubiesen motivado a priori, la declaración inicial de incompetencia de jurisdicción por considerarlas relaciones civiles. Con el paso del tiempo se toma conciencia de que cada vez es más difícil declarar acertadamente desde un primer momento que ciertos supuestos se alejan del modelo de contrato de trabajo.

Por ello, se hace imprescindible una valoración detallada de todos los indicios concurrentes en cada caso controvertido para poder alcanzar una solución acertada49. Así, se tiene que ampliar también el número de supuestos en los que la jurisdicción laboral se declara inicialmente «competente» y se admite a trámite la demanda.

La simulación de la laboralidad puede revestir ahora formas muy evolucionadas, imposibles de descubrir sin un análisis pormenorizado del caso polémico, que nunca tendría lugar si se llega a declarar la incompetencia de jurisdicción antes de iniciar el oportuno proceso. Cuando un juez o tribunal está declarando la incompetencia de la jurisdicción laboral, en realidad está prejuzgando la naturaleza civil del asunto que se le plantea, lo que en definitiva equivale a restar oportunidades al reconocimiento de prestaciones laborales atípicas. Y éste es el principal motivo por el que progresivamente se flexibiliza el tenor literal de la ley que fija la competencia de la jurisdicción laboral con el fin de potenciar, siempre que sea posible, el reconocimiento de una relación laboral.

Esta tendencia expansiva del ámbito de la jurisdicción material (aunque no directamente de las fronteras del contrato de trabajo) es una experiencia reciente. El punto de inflexión puede fijarse a finales del pasado siglo XX. Antes, la tendencia más extendida seguía siendo la de declarar a través de un auto directamente la incompetencia de la jurisdicción social ante situaciones que, a simple vista, no contaban con una apariencia razonable de laboralidad como para justificar la admisión a trámite de la demanda. Práctica que tenía a su favor que evitaba desarrollar en balde un proceso jurisdiccional, aunque impedía la constatación de la laboralidad de prestaciones atípicas.

A finales de los años 80 la práctica jurisprudencial experimenta un giro radical: de la automática inadmisión a trámite de relaciones jurídicas que claramente no se ajustasen al modelo típico de contrato de trabajo, se pasa a adoptar la solución contraria.

La finalidad de esta nueva práctica es la de poder descubrir supuestos atípicos de relación laboral a los que se les negaría cualquier oportunidad de reconocimiento si se mantuviese una interpretación rigurosa de las normas que marcan el ámbito material de la jurisdicción social.

Se desarrolla así un proceso completo, aunque no siempre este proceso termine con el reconocimiento de la laboralidad pero, al menos, tal declaración se pospone al último momento procesal. Como regla general se admite a trámite la demanda y se inicia un cauce procedimental encaminado, directa o indirectamente a determinar la naturaleza jurídica del vínculo.

Aunque no esté directamente encaminada a declarar la naturaleza laboral del vínculo, este tipo de práctica jurisprudencial flexibilizadora tiene mucha importancia, pues, para que verdaderamente puedan extenderse las fronteras del contrato de trabajo por medio de la interpretación jurisprudencial, será imprescindible partir siempre de la previa declaración de competencia de la jurisdicción social.

Ahora bien, esta extensión o ampliación de la competencia de la jurisdicción laboral se produce sólo en lo que afecta a la identificación de cierta prestación de servicios como relación laboral (y no necesariamente en las demás materias propias de la jurisdicción social -cuestión que excede el tema de estas líneas-).

Teniendo esto en cuenta, se pude afirmar que hoy en día, declarar la incompetencia de la jurisdicción laboral directamente juzgando sólo las características más destacadas del caso, resultaría ser, en la mayoría de los supuestos, una respuesta precipitada.

Se puede hablar de «contexto indiciario híbrido» en aquellos supuestos en los que la relación se ha materializado ajustándose a características reales -y no meramente formales- aparentemente contradictorias, unas a favor de la dependencia del trabajo, y otras a favor de la autonomía.

El hecho de que convivan indicios de diferente signo en una misma prestación de servicios puede suscitar problemas de identificación. En principio parece que el intérprete tendría que ponderar los distintos indicios que concurran en el caso para poder ofrecer una respuesta acertada. Pero esta afirmación no es exacta: es cierto que para calificar correctamente un vínculo de naturaleza controvertida se han de sopesar todos los datos concurrentes a los que se les haya atribuido valor indiciario, bien a favor del trabajo autónomo, bien de la dependencia jurídica, para seleccionar el conjunto de indicios que ha demostrado tener más peso durante el desarrollo de la prestación controvertida.

Ante contextos indiciarios híbridos, en abstracto, son dos las respuestas posibles: a) estimar que prima la autonomía de la relación jurídica, apoyando tal decisión en que el conjunto de datos de tal signo ha demostrado tener más trascendencia durante el desarrollo de la relación; o b) valorar como simbólicos los datos de autonomía que concurren en el caso, pues en realidad únicamente estarían indicando que la nota tradicional de la «dependencia laboral» ha experimentado una flexibilización, pero sin que el margen de autonomía y de libertad de decisión atribuido a los trabajadores sea lo suficientemente fuerte como para sustentar la naturaleza civil del vínculo.

El proceso de valoración indiciaria, a la hora de determinar la naturaleza jurídica del vínculo, manifiesta seguir unas reglas particulares que van a permitir extender al máximo el ámbito de la relación laboral. Así, se le atribuye la condición de rasgo de más trascendencia a cualquier signo que sea capaz de indicar la «integración

productiva», aunque aparezca aislado, frente a manifestaciones muy numerosas de aparente autonomía.

Lo cierto es que, en la práctica, comparando múltiples supuestos de ponderación de indicios concurrentes de diverso signo, se manifiesta claramente un comportamiento repetido que se erige en regla general: en el momento en que se pueda considerar que existe, aunque sea un único dato, por sutil que pueda llegar a ser, demostrativo de la «integración productiva» (o dependencia jurídica flexibilizada), prevalece la naturaleza laboral del vínculo y termina automáticamente el proceso de valoración.

La ponderación indiciaria ante contextos híbridos funciona, por tanto, de una manera muy similar a como lo hacen las presunciones judiciales, persiguiendo ampliar, siempre que sea posible, el ámbito de aplicación de las normas laborales sin llegar al extremo de desnaturalizar la calificación jurídica del contrato de trabajo. Desde el momento en el que se empieza a generalizar la flexibilización de la dependencia laboral y, sobre todo, con gran fuerza desde el inicio del siglo XXI, deja de realizarse ya una verdadera comparación entre la intensidad que presentan respectivamente los rasgos de autonomía y de laboralidad que concurren en el caso con el fin de descartar una u otra calificación; sino que una vez que concurren las cinco notas constitutivas del trabajo dependiente, se estima que la «laboralidad» prevalece directamente sobre la autonomía, incluso llegado el supuesto extremo de que los rasgos de autonomía parezcan ser más contundentes, por su número o por su intensidad, que los rasgos de laboralidad.

En virtud de esta regla interpretativa ideada jurisprudencialmente, en la ponderación de contextos indiciarios híbridos, primará siempre la laboralidad independientemente de la intensidad de cada uno de los conjuntos indiciarios. Así, los rasgos de autonomía perderán su fuerza identificativa y se limitarán a actuar como

factores detonantes de la flexibilización de la citada dependencia, sin que se les atribuya ningún valor trascendental en la calificación.

La «flexibilización» de la dependencia laboral puede llegar entonces a sus cotas máximas. Y es que, en caso contrario, de aplicar una estricta ponderación se estarían dejando pasar desapercibidas modernas formas de «dependencia flexible» en las que el trabajador sigue estando sometido al ámbito de organización y dirección ajeno, aunque sus manifestaciones sean mucho más sutiles que las que definieron la subordinación empresarial en la empresa fabril.

Jueces y tribunales tienden hoy, en el ámbito social, como ocurre en los supuestos de «prueba diabólica», a invertir la carga de la prueba en beneficio de la parte contractual más débil. En otras ocasiones, en cambio, aunque no invierten la carga de la prueba, sí facilitan tanto la prueba de los hechos que compete al trabajador dependiente que, en la práctica, sirven para potenciar el reconocimiento de una relación laboral de la misma manera y con la misma intensidad que hizo la presunción clásica.

La presunción que resulta ser hoy más efectiva es la que se realiza por medio de la interpretación jurisprudencial del presupuesto de la «integración laboral» en una esfera organizativa ajena. Gracias a ella, renace el mismo espíritu protector que inspiró la clásica presunción de laboralidad, pero ahora no por medio de una interpretación más o menos amplia de la redacción literal del art. 8.1 ET sino valiéndose de la flexibilización de las notas constitutivas del contrato de trabajo.

Por medio de esta técnica interpretativa, se intenta hacer resurgir el principio pro operario y proteger así al contratante más débil, amparándolo siempre que sea posible, por el ámbito subjetivo de protección de las normas laborales. Aunque el principio pro operario resurge esta vez -y esto es lo novedoso- no como interpretación de la ley de

manera más favorable al trabajador, como venía siendo su configuración tradicional, sino como interpretación de los hechos y del tenor literal del 1.1 ET de la manera que resulte ser más favorable hacia el reconocimiento del carácter laboral del vínculo, haciendo uso de la interpretación extensiva tácitamente amparada por el art. 3.1 C.C.

Para ello, interpretando extensivamente la configuración legal de cada uno de los presupuestos esenciales del contrato de trabajo se consigue que más situaciones puedan ajustarse al perfil de una relación laboral, puesto que será más fácil reunir simultáneamente las cinco notas constitutivas. En concreto, recurriendo al nuevo concepto de «integración productiva», se flexibiliza al máximo la constatación de la clásica «subordinación empresarial».

Pero la flexibilización jurisprudencial de las fronteras de la laboralidad no se destina sólo a facilitar la constatación directa de los elementos constitutivos del contrato de trabajo (ampliando el conjunto de indicios), sino que se ocupa también de permitir una afirmación indirecta de la laboralidad (excluyendo tajantemente la autonomía de un vínculo controvertido). De esta manera, pasan a ser relevantes no sólo los rasgos fácticos que demuestren por sí solos que la prestación de servicios se ha realizado dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sino que también desempeñarán un papel identificador muy importante todos aquellos rasgos que permitan constatar que falta alguno de los elementos esenciales del trabajo autónomo.

En concreto, jurisprudencialmente, a la hora de delimitar la prestación laboral de otras figuras afines, se declaran como rasgos esenciales del trabajo autónomo dos características que a su vez se encuentran profundamente relacionadas entre sí: la libre participación en el mercado y la titularidad de una organización productiva propia.

Con apoyo en esta afirmación, para declarar la naturaleza laboral de una relación, bastará simplemente con advertir que el sujeto en cuestión no participa en el mercado como profesional independiente. De tal forma, si los datos del caso permiten sustentar que el sujeto que presta el servicio no actúa como titular de una organización productiva propia, por pequeña que sea, o que los compromisos contractuales que ha asumido excluyen la plena libertad de participar en el mercado que define a los profesionales autónomos, se estaría constando de manera automática la naturaleza laboral de la relación controvertida, ya que, la división tradicional entre trabajo autónomo/ trabajo dependiente, obliga a declarar la existencia de suficiente integración productiva tan sólo con apreciar que, en la relación contractual, falta uno de los elementos constitutivo del trabajo por cuenta propia.

4. LA PRESUNCIÓN DE TRABAJO RETRIBUIDO

La presunción de retribución no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, sino que es propia del Derecho Tributario. Ahora se trata de explicar el funcionamiento de la «presunción de retribución» o mejor dicho, de la «presunción de trabajo retribuible» ideada con el fin de permitir reconocer la naturaleza de cambio de ciertas prestaciones de servicios, y que, extrapolada al ámbito laboral permite identificar un contrato de trabajo, a pesar de que ciertos incumplimientos empresariales, por su entidad, compliquen su identificación.

Suponer que existe un deber de retribuir el trabajo realizado es particularmente útil a la hora de calificar determinadas prestaciones de servicios en las que se ha constatado su dependencia jurídica, pero falta cualquier clase de retribución.

Por ese motivo, gracias al juego de la «presunción de retribución», bastaría probar que se ha prestado un trabajo productivo para estimar tácitamente que existe un correlativo «deber de retribución» en la esfera jurídica del sujeto que recibe la utilidad económica derivada del trabajo humano. Y precisamente este «deber de retribución», bastaría para configurar la nota constitutiva del contrato de trabajo, a pesar de que el art. 1.1 ET la define expresamente como "servicios retribuidos.

En virtud de este razonamiento, se puede deducir que el concepto literal de «servicio retribuido» debe reinterpretarse para poder satisfacer las nuevas demandas sociales de protección y, lo que es más importante, para evitar que prosperen fenómenos de simulación en los que el empresario se aprovecha de su posición contractual más fuerte para perjudicar los derechos de los trabajadores.

Pero aunque se admita que el mero «deber de retribución» es suficiente para configurar una relación laboral, incluso cuando éste no ha tenido materialización de ninguna clase, se produce además un problema añadido: la dificultad de probar la existencia de un deber que no ha llegado a materializarse. Y para evitar los inconvenientes que tiene en la práctica poder inducir de los datos presentes en el caso que verdaderamente existe este «deber de retribución», jurisprudencialmente se crea una «nueva presunción de laboralidad» que parte de flexibilizar el reconocimiento de la nota legal de «retribución» redefiniéndola como «retribuibilidad».

El principio de «realidad jurídica» se flexibiliza para evitar que ciertos incumplimientos empresariales repercutan negativamente sobre la calificación jurídica de una relación contractual. Y para ello, doctrina y jurisprudencia perfilan la aparente literalidad del ET redefiniendo la nota conocida como «retribución». El juzgador presupone entonces que, salvo prueba en contrario, toda actividad productiva forma parte de una relación conmutativa, y por ello, retribuible. Así, la prestación productiva

en interés ajeno genera por esencia en la esfera jurídica del sujeto que recibe el fruto del trabajo humano un correlativo deber de retribuir el equivalente económico del trabajo prestado.

La clave para identificar el elemento constitutivo conocido como «retribución» no radica en que se haya hecho efectiva esta contraprestación material, sino en determinar si existía un animus retribuendi, es decir si la retribución se incluyó en el acuerdo como un elemento esencial del contrato.

Ahora bien, lo que sí es novedoso es que esta presunción tradicional se aplique ahora en el ámbito laboral. La jurisdicción social, movida por una tendencia expansiva del ámbito subjetivo de las normas laborales, recurre -sobre todo desde el inicio del siglo XXI- a la presunción de trabajo retribuido para facilitar el proceso de identificación y reconocer la naturaleza laboral que se trata de encubrir bajo un tipo de relación jurídica expresamente excluida del ámbito laboral por no respetar la nota de la «retribución».

Se caracteriza porque no es una presunción directa a favor de la naturaleza laboral del vínculo, sino indirecta. Es decir, facilita la constatación de una de las notas constitutivas de la relación laboral y, de esa manera, simplifica apreciar la concurrencia simultánea de los cinco presupuestos que exige el art. 1.1 ET. A la vez, como ocurre con todas las presunciones judiciales, ésta también tendrá carácter iuris tantum, por lo que el sujeto interesado podrá destruir sus efectos probando la gratuidad del servicio.

Es importante resaltar el presupuesto de que el trabajo humano sea productivo, para que entre en juego la presunción de retribuibilidad. Como todas las presunciones judiciales, la «presunción de retribución» se puede destruir aportando prueba en contrario que excluya la causa o finalidad retributiva de la prestación de servicios. Es decir: el presupuesto de «retribuibilidad» puede destruirse si en la ejecución de la

prestación controvertida concurren suficientes datos fácticos como para probar que verdaderamente existe una finalidad distinta, bien asociativa, o bien altruista que fundamenta la prestación de servicios. Teniendo esto en cuenta se excluyen de esta regla, como es obvio, las actividades humanas ociosas, como pueden ser las deportivas, turísticas, lúdicas, etc.

En concreto, la «presunción de retribuibilidad» de la prestación de servicios facilita la identificación de la causa conmutativa del contrato de trabajo. Como todo contrato sinalagmático, la causa y el objeto del contrato de trabajo presuponen la concurrencia de dos prestaciones contractuales de diversa índole que los contratantes se encargan recíprocamente de dar y recibir. Por lo tanto, si se presupone una finalidad de cambio en toda relación contractual en la que medie la entrega de una prestación productiva, esta apreciación equivale a suponer también que surge una obligación de retribuir el servicio para el sujeto que recibe el trabajo humano. Y como todo contrato conmutativo, esta contraprestación tendrá que tener un valor «equivalente» al del servicio prestado.

Para poder entender correctamente esta presunción se tiene que poner en relación con la verdadera naturaleza jurídica de la nota constitutiva del contrato de trabajo que el propio art. 1.1 ET define como “ (prestación) de servicios retribuidos.

Hoy se reconoce que la exigencia legal de “servicios retribuidos” en realidad tiene que considerase simplemente como una exigencia de que el trabajo prestado sea «retribuible». Gracias a ella, se entendería perfeccionado este presupuesto de laboralidad sólo probando por cualquier medio que ha surgido un «deber de retribución» en la esfera jurídica del sujeto que percibe la utilidad económica derivada del trabajo humano. Apreciación que resulta particularmente útil para evitar las desviaciones que puede producir el incumplimiento empresarial de su deber básico como parte de una relación laboral: el de hacer frente a la retribución salarial.

El valor de la nota de la retribución salarial radica básicamente en precisar la frontera entre la prestación laboral de servicios y las colaboraciones amistosas, benévolas o de buena vecindad, excluidas expresamente del ámbito laboral (art. 1.3.d. ET). En cambio, a la hora de diferenciar el contrato de trabajo del arrendamiento civil de servicios, o incluso, del arrendamiento de obra, la nota de «trabajo retribuido o retribuible» no aporta un dato decisivo, porque, todos ellos son contratos sinalagmáticos.

En los casos en los que no resulta efectivo el «principio de realidad jurídica» para reconocer la naturaleza laboral de la relación, las dificultades probatorias que tendría uno de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, se subsanan por medio de una nueva presunción judicial.

Es lógico considerar que la existencia de un «deber de retribución» se puede probar fácilmente si se ha estado haciendo efectivo un pago periódico. Igualmente crea una apariencia de laboralidad muy fuerte el dato de que las partes hayan predeterminado convencionalmente y por escrito un importe económico fijo o, al menos, se haya concretado el modo de determinarlo, que tenga como finalidad servir de contraprestación al servicio recibido, a pesar de que la retribución que finalmente se haga efectiva no mantenga una estricta equivalencia con el valor económico de la prestación de servicios, no respete los mínimos legales o convencionales o incluso cuando, por circunstancias diversas no haya llegado a hacerse efectiva nunca.

Pero las posibilidades reales en las que esta nota constitutiva del contrato de trabajo puede presentar problemas de identificación son mucho más numerosas que la indeterminación de la cuantía retributiva. El problema más grave se plantea en ciertas relaciones en las que no se ha hecho constar entre las partes, ni expresa ni tácitamente,

la existencia de una relación conmutativa. Por ese motivo existe una laguna en cuanto al carácter retribuible o no del trabajo prestado, pues, cuando no se ha abonado en ningún momento una prestación económica equivalente al valor del trabajo humano y ni siquiera se ha dejado constancia de que existe obligación de retribuir el trabajo prestado, es muy difícil determinar el conjunto de derechos y obligaciones que realmente han asumido las partes del contrato.

En esos casos, el sujeto interesado en demostrar la naturaleza laboral de su relación, se encontrará con serias dificultades probatorias. Y es que no resulta útil el «principio de realidad jurídica» precisamente porque al no haberse hecho efectivo en ningún momento el deber de retribución que se intenta probar, no se cuenta con medios probatorios suficientes para justificar su existencia.

Esta «presunción de retribución» puede actuar al mismo tiempo junto a una manifestación concreta de la inversión jurisprudencial de la carga de la prueba en los supuestos de «prueba diabólica». Porque no todos los supuestos de «presunción de retribución» son iguales:

a) En unos casos, únicamente se parte de una indeterminación de la cuantía retributiva pero consta expresamente que los contratantes asumen el «deber de retribuir» el trabajo prestado, aunque tal obligación se redacte en términos genéricos y no se predetermine el importe de la retribución. En estos casos, partiendo de la causa conmutativa que define al contrato de trabajo, se presupone que la retribución tendrá que ser equivalente al valor del trabajo prestado, a pesar de que no existan datos materiales, fruto del cumplimiento real de la obligación empresarial, que corroboren tal afirmación.

b) Otras veces, es el empresario el que incumple, total o parcialmente sus obligaciones laborales. En estos supuestos, a pesar de que se haya de flexibilizar de manera excepcional el «principio de realidad jurídica», se podrá reconocer la naturaleza laboral de la relación sólo afirmando y probando, que la parte contractual que recibió el trabajo asumió también el deber de retribuirlo.

En los casos expuestos, el proceso de identificación será especialmente complejo, y es por eso por lo que la «presunción de retribución» desempeña un papel muy importante. Se aplica en los casos en los que no existe ni un reconocimiento expreso del deber de retribuir, ni del importe de la retribución y además, ni ésta se ha hecho efectiva en ningún momento. También es útil si la forma en que se ha materializado tal deber retributivo impide contar con medios de prueba.

Es frecuente que se intente encubrir una verdadera relación laboral bajo la apariencia de una colaboración altruista. En esos casos, la simulación se produce fingiendo que en lugar de una auténtica contraprestación salarial, se está abonando una simple compensación por molestias en el seno de un vínculo gratuito. En sentido estricto, el sujeto interesado en probar su laboralidad, ante el incumplimiento empresarial, no dispone de ningún elemento material que permita probar que la relación se inició incluyendo en su contenido obligacional el «deber de retribuir» el trabajo productivo, pues ciertos incumplimientos empresariales estarían dificultando al sujeto afirmar y probar que verdaderamente se ha originado tal deber retributivo en la esfera jurídica de su contratante. Ahora bien, también en estos casos la presunción de trabajo retribuido se apoya en la inversión de la carga de la prueba que la jurisprudencia admite ante determinadas situaciones de prueba diabólica. Tal técnica se utiliza ahora para demostrar que la ausencia del cumplimiento oportuno del deber de retribución no equivale a afirmar que falta uno de los presupuestos constitutivos del contrato de trabajo.

Para poder destruir la presunción de que todo trabajo productivo prestado en interés de otra persona es retribuible, sería necesario aportar una prueba lo bastante fuerte como para destruir el carácter conmutativo que se atribuye a la relación. Para ello es necesario que se constate a través de otros datos fácticos que las partes excluyeron voluntariamente el animus retribuendi a la hora de configurar la relación pues si, por las características del caso, finalmente resulta prevalecer la naturaleza gratuita del servicio, desaparecería también directamente su naturaleza laboral (al faltar una de las notas constitutivas del contrato de trabajo). Entre las posibles causas que llevan a destruir tal presunción, contempladas en líneas generales, se pueden destacar las siguientes:

Suele admitirse la naturaleza no retribuible de la actividad, a pesar de que se haya estado prestado un trabajo productivo de manera continuada en el tiempo, cuando la prestación se ha desarrollado en un contexto que permite intuir que entre las partes existía una relación de naturaleza no laboral. Por ese motivo, la existencia de una convivencia familiar, cuasi-familiar, antigua amistad, de vecindad, o de una relación sentimental, determina que cierta colaboración se habrá realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad (1.3 d ET).

Otras veces, facilita que prime el carácter gratuito del servicio el hecho de que la colaboración del sujeto sea de una entidad tan escasa que difícilmente pudiera atribuírsele el carácter de «prestación laboral» (a pesar de que la legislación laboral no limita la duración mínima de los contratos de trabajo temporales, y admite la prestación laboral a tiempo parcial). En esos casos, más que destruir la presunción de «retribuibilidad» de la prestación de servicios, podría afirmarse que, por las circunstancias del caso, la presunción de retribución no llega a nacer.

Esta consecuencia se aprecia sobre todo en los supuestos en los que la colaboración productiva tiene una duración mínima o una frecuencia intrascendente,

pues las circunstancias del caso hacen que parezca excesivo estimar la presunción de retribución en el ámbito laboral cuando la actividad productiva es simbólica.

Aporta un fuerte valor indiciario a favor del reconocimiento de la naturaleza amistosa, benévola o de buena vecindad del trabajo, la falta de reclamación de retribución de ninguna clase. Por eso, destruiría la «presunción de retribución» el hecho de que el sujeto, a pesar de que realice una colaboración durante un largo periodo de tiempo, nunca haya exigido ni cobrado retribución alguna.

5. LA VOLUNTAD ACORDE DE LOS CONTRATANTES COMO EXCEPCIÓN A LA VIS EXTENSIVA. LA PRESUNCIÓN DE CERTEZA A FAVOR DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Conforme el trabajador dependiente empieza a adoptar un papel más destacado en el nuevo modelo de producción que caracteriza al siglo XXI, la autonomía de la voluntad desempeñará progresivamente un papel más importante. Con el paso de los años y en respuesta a la evolución de las relaciones productivas, la jurisprudencia va flexibilizando la admisión de la voluntad de los contratantes en el ámbito laboral, a pesar de que, técnicamente, sólo ocupa un papel residual, debajo de la ley y de la negociación colectiva, en el sistema de fuentes de la relación laboral (art. 3 ET). Por ese motivo, progresivamente se va potenciando la libertad de los contratantes para configurar su relación jurídica, acercando -y no equiparando- las relaciones laborales a la contratación civil.

Pero la revalorización de la autonomía de la voluntad en Derecho del Trabajo se produce en varios sentidos, unos perfectamente lícitos y otros criticables:

a) Se potencia la fuerza normativa del contratante individual, aumentando el valor del contrato de trabajo en la configuración de las condiciones de trabajo. La especialización del trabajador dependiente, unida a la progresiva reducción del ámbito de las normas laborales de derecho necesario, potencian la capacidad de los contratantes, manifestada colectivamente (a través de la negociación colectiva) o individualmente (a través del contrato de trabajo individual) para articular, al menos en parte, el contenido de su relación jurídica. Aunque no deja de ser una revalorización sólo teórica y de alcance efectivo discutible, es importante tenerla en cuenta para poder entender las sucesivas transformaciones que se han materializado en los últimos años en el ámbito laboral.

b) Gracias a la revalorización de la fuerza constitutiva de la autonomía de la voluntad, se intensifica también en nuestros días el reconocimiento de la «libertad de empresa». La concepción social deja de ser reacia a admitir que una misma prestación de servicios pueda llevarse a cabo lícitamente por medio de contratos de diferente naturaleza jurídica, pues es la libertad de los contratantes la que les permite seleccionar (siempre y cuando respeten sus presupuestos esenciales), la modalidad contractual más acorde con sus intereses, haciendo uso de las enormes posibilidades organizativas que ampara el art. 38 CE.

c) Pero en ocasiones, la libertad de decisión de los contratantes puede adoptar perfiles mucho más llamativos. Existe otra vertiente más de la autonomía de la voluntad de aplicabilidad controvertida. Y es que la libertad constitucional de empresa, revalorizada al máximo con el fin de satisfacer el deseo común de ambas partes contratantes, puede llegar al extremo de vulnerar la prohibición legal de irrenunciabilidad de derechos.

A pesar de que la vis extensiva de las fronteras del Derecho del Trabajo ha sido el factor detonante de la mayor parte de las nuevas presunciones de laboralidad, de origen judicial, hoy en día se intuyen excepciones a esta regla general.

Ocasionalmente se utilizan otro tipo de presunciones judiciales encaminadas a restringir la protección de las normas laborales con el fin de no perjudicar otro tipo finalidades a las que se les atribuye mayor peso. Y es en concreto el deseo de potenciar la libertad constitucional de empresa el factor que hace ceder la expansión jurisprudencial de las fronteras del contrato de trabajo.

Surge así una nueva presunción, pero a favor del trabajo autónomo, contrarrestando la operatividad práctica de las demás presunciones apuntadas, que sí están destinadas a materializar la vis extensiva del Derecho del Trabajo. Pero en uno y otro caso, la respuesta extensiva o restrictiva de las fronteras de la laboralidad no es arbitraria, sino que se sustenta en las distintas circunstancias que concurran en el caso.

Esta práctica jurisprudencial de licitud controvertida presume como verídica y ajustada al contendido obligacional real de la relación, la calificación acorde que le ofrecen los contratantes cuando el proceso se inicia por otras causas. Se intenta impedir de esta manera una injustificada extensión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo para no llegar a limitar el ejercicio de derechos constitucionales (arts. 35.1 y 38 CE) ni extender el ámbito de protección laboral a sujetos que no la necesitan.

Las aplicaciones de esta regla son muy numerosas, tanto es así que se podría hablar de una nueva «presunción de certeza» pues, en gran número de ocasiones, cuando se inicia un proceso declarativo de oficio encaminado a determinar la naturaleza civil o laboral de una relación controvertida, el juzgador dicta sentencia tomando como punto de referencia la voluntad de los contratantes.

En el nuevo modelo productivo, la jurisprudencia está especialmente habituada a la intensificación de la colaboración profesional prestada por cuenta propia. Con carácter general, se ha superado hoy la tradicional asimilación de la participación en una fase esencial del ciclo productivo con la naturaleza laboral de tales colaboraciones al mismo tiempo que se admite la licitud de formas máximas de descentralización productiva para no vulnerar el pleno desarrollo del derecho constitucional a la «libertad de empresa».

Pero esta presunción de autonomía sólo puede revalorizar la voluntad coincidente de las partes a la hora de definir la relación jurídica que las une, cuando los contratantes sigan manteniendo unánimemente su calificación inicial una vez que la controversia se ha suscitado judicialmente. Es decir, para que prospere esta técnica interpretativa de licitud controvertida, es imprescindible que la calificación inicial se mantenga inmutable durante el transcurso de la relación jurídica, y que los contratantes no demuestren desacuerdo sobre este aspecto en ningún momento durante el desarrollo del proceso94. Pero aunque el proceso se inicie de oficio, habrá desacuerdo entre los contratantes cuando uno de ellos se adhiera a sus pretensiones.

Por eso, no trasciende a estos efectos la mera declaración inicial en uno u otro sentido manifestada o externalizada únicamente en el momento mismo de iniciar la relación jurídica, pues nuestro TS reiteradamente ha sostenido la irrelevancia del «nomen iuris dado por los contratantes».

Esta particular vis repulsiva tiene como fundamento la pretendida ausencia de necesidad de protección de los contratantes que reiteran la naturaleza civil de su relación, aún incluso cuando el proceso se ha iniciado. Si los contratantes están de acuerdo con el carácter civil de vínculo que ha nacido entre ellas y no reclaman (incluso

cuando les es posible) mayor nivel de protección, deja de tener sentido la extensión de las fronteras del Derecho del Trabajo, precisamente porque otorgaría una protección a unos sujetos que no la desean o no la necesitan.

Como se puede constatar, en los últimos años, la interpretación jurisprudencial del art. 1.1 ET difiere mucho si es uno de los contratantes el que da origen al proceso judicial que se ocupa de calificar el vínculo controvertido o si éste se inicia de oficio o por actuación de un tercero. Así, la voluntad acorde de los contratantes empieza a adoptar un papel fundamental en la calificación del vínculo controvertido, hasta el punto de restar operatividad a las concretas características de la prestación de servicios.

La competitividad y el deseo de subsistir en el mercado predominan sobre la necesidad de proteger al contratante débil. Por ese motivo, el intérprete, a la hora de aplicar el art. 1.1 ET recurre a una interpretación restrictiva con el fin de agilizar el tráfico jurídico y permitir que la relación se desarrolle por el cauce que convenga a los contratantes. Y por ello, se admite que la empresa moderna pueda recurrir lícitamente a colaboradores externos a pesar de que éstos dispongan de una estructura empresarial mínima y realicen la colaboración productiva de manera personal. El mero dato de que el trabajador autónomo decida realizar su actividad productiva de modo directo, sin contar con trabajadores dependientes, no tiene que encubrir necesariamente ningún fraude de ley, ni tampoco tiene que indicar que una verdadera relación laboral se ha encubierto bajo una forma jurídica que no le corresponde. La personalidad del servicio simplemente es un dato que coincide con una característica esencial de la laboralidad pero que no se puede confundir con un rasgo exclusivo del contrato de trabajo.

Se produce así una revalorización injustificada de la autonomía de la voluntad contractual que tiene repercusiones muy importantes en la esfera laboral, pues la clásica finalidad de proteger a la parte contractualmente más débil que caracteriza al Derecho

laboral, en los casos citados de repulsión o exclusión de las normas laborales, cede de manera generalizada ante el resurgimiento o la potenciación de la «libertad de empresa» (38 CE). Pero para que una concreta prestación de servicios retribuidos pase a ser objeto de estudio y valoración de un pronunciamiento judicial requiere que previamente se haya suscitado algún tipo de controversia sobre el carácter civil o laboral del vínculo en cuestión.

El proceso laboral puede originarse de varias maneras. El fenómeno más frecuente consiste en que sea uno de los contratantes, (normalmente el sujeto que presta el servicio), el que inicia el proceso judicial dónde se deba calificar correctamente su relación. Esto ocurre entre otros, en procesos de despido, de reclamación judicial de cantidades o en materia incumplimiento empresarial de sus obligaciones con la Seguridad Social, en los que de manera indirecta, el juzgador se halla obligado a determinar en primer lugar la naturaleza jurídica del vínculo.

En otras ocasiones, el proceso se inicia bien de oficio, bien a instancia de un sujeto distinto a los contratantes. La decisión jurisprudencial, paradójicamente, variará de manera radical según se trate de uno supuesto u otro.

Así, analizando múltiples decisiones jurisprudenciales dictadas en los últimos años del siglo XX y, sobre todo, en los primeros años del siglo XXI se puede apreciar que la calificación final del juzgador no siempre se limita a aplicar automáticamente el moderno concepto flexible de «trabajador dependiente» que impera, de manera generalizada en la práctica interpretativa. En ocasiones el fallo se aparta de la noción predominante de dependencia jurídica, y se limita a ratificar la voluntad acorde de los contratantes acerca de la naturaleza civil que formalmente le atribuyen a su relación.

Es esta práctica jurisprudencial la que se puede denominar como «presunción de certeza». Se caracteriza por actuar en beneficio del trabajo independiente y por formularse siempre de forma tácita. Y es que, aunque el juzgador se mueva por el convencimiento de que la calificación acorde de los contratantes no discutida en ningún momento durante el transcurso de su relación coincida realmente con la naturaleza jurídica de la relación controvertida, no hace referencia en ningún momento de manera expresa a esta fundamentación.

El intérprete, consciente de la similitud que puede llegar a existir entre el trabajo por cuenta propia y la prestación laboral sometida a una dependencia atenuada, evita tener que recurrir a un análisis minucioso de cualquier dato presente en el caso con relevancia indiciaria y se limita a consagrar la calificación formal que los propios contratantes voluntariamente acuerdan ofrecer a la relación jurídica que ha nacido entre ellos.

En este tipo de situaciones, la voluntad acorde de los contratantes cobra un fuerte peso en la determinación de la naturaleza jurídica del vínculo. El concepto que el intérprete emplea de «trabajador dependiente» y de «relación laboral» se ajustará entonces a las preferencias de los contratantes, apoyándose en el margen de indeterminación que presenta la redacción literal del art. 1.1 ET. Por ese motivo, se aparta de la tendencia interpretativa generalizada, y hace resurgir la noción de estricta dependencia jurídica característica de un modelo productivo, hoy desfasado102, con el fin de encubrir lo que en realidad es una nueva presunción judicial de que la voluntad acorde de los contratantes coincide con la realidad, utilizando la ambigüedad del art. 1.1 ET, bajo una inofensiva interpretación restrictiva de sus términos.

Teniendo en cuenta estas reflexiones es fácil explicar la aparente falta de uniformidad que excepcionalmente manifiestan jueces y tribunales en la aplicación del

art. 1.1 ET. Esta disparidad se debe al hecho de que confluyen: por una parte, la revalorización de la autonomía de la voluntad de los contratantes también en el ámbito laboral y, desde otro punto de vista, la supervivencia de la vis extensiva del Derecho del Trabajo. La decisión del juzgador dependerá entonces de las características del caso, y en concreto, de las preferencias que los contratantes manifiesten tener.

Éste es el motivo que explica que, excepcionalmente, se encuentren ejemplos de una intensificación de la noción de dependencia laboral en fase jurisprudencial, que ocasiona una automática restricción del ámbito subjetivo de aplicación de las normas laborales. Pero esta interpretación estricta del nivel exigible de dependencia jurídica (que parece más propia del modelo de producción fordista que de la moderna empresa tecnologizada) no es gratuita. No se mantiene una valoración injustificadamente estricta de la «dependencia jurídica» ni por arcaísmo ni por error de interpretación, sino por ser el cauce más efectivo para conseguir el objetivo que verdaderamente se persigue (ratificar la calificación unánime de los contratantes), sin correr el riesgo de que tal práctica interpretativa se tache de ilegítima.

Este modo de actuar tiene un riesgo importante: provoca incertidumbre sobre el criterio aplicable ante casos sustancialmente iguales, y puede afectar a los derechos constitucionales de seguridad jurídica, igualdad y tutela judicial efectiva. Y es que en realidad el proceso de identificación no parte de datos objetivos y razonables derivados de las características concretas del caso objeto de debate, sino de un criterio con tan poco peso como es el simple acuerdo o desacuerdo de las partes contractuales sobre la naturaleza jurídica declarada de su relación. El intérprete se decanta por elevar a decisión final (eximiéndola de cualquier labor de valoración o contraste), lo que simplemente es una mera manifestación formal unida al convencimiento interno de los contratantes de que la calificación que han conferido a su relación es correcta.

Así, el fallo no toma como punto de referencia datos indiciarios que permitan intuir cuál es el verdadero contenido obligacional al que se comprometen los contratantes, sino la simple declaración formal, sin ningún otro apoyo. Se consigue así dictar sentencia con rapidez, evitando el análisis detallado de los indicios concurrentes en el caso que exigiría un proceso completo de identificación. Al mismo tiempo se intenta potenciar la actividad productiva, ratificando la naturaleza jurídica que los mismos contratantes atribuyen a la relación que les une.

La realidad social demuestra que las formas lícitas de obtener un mismo resultado productivo son muy variadas. Si a ello se une la atipicidad de muchos vínculos y la cercanía reconocida entre prestaciones de servicios de diferente naturaleza jurídica, resulta patente la dificultad de calificar hoy una relación controvertida. Y ante esta situación, posiblemente por comodidad, la jurisprudencia opta por trasladar la autonomía de la voluntad de las partes también a este aspecto de su relación contractual. De esta manera se empieza a advertir que, aunque jurisprudencialmente se reconoce repetidamente la irrelevancia del nomen iuris, en determinadas condiciones, esta afirmación puede replantearse.

Para que opere la «presunción de certeza» tienen que darse unos presupuestos muy concretos. No cualquier caso de acuerdo aparente de voluntades tiene trascendencia a la hora de realizar la interpretación de la relación, precisamente porque olvidaría comprobar si el consentimiento está viciado, o si se trata de un supuesto concreto de renuncia de derechos indisponibles.

Si, una vez que el proceso se ha iniciado, las partes reiteran su calificación inicial, estarán demostrando que su consentimiento no estuvo condicionado en ningún momento por la necesidad de acceder al mercado de trabajo. El mecanismo lógico es sencillo: el juzgador supone que la parte contractual más débil es al menos

suficientemente fuerte como para rebatir la calificación jurídica del vínculo una vez que el proceso se ha iniciado por otras causas (normalmente a raíz de un acta de infracción y liquidación de la Inspección de Trabajo, o de una reclamación de la TGSS). Por lo tanto, si pudiendo hacerlo, se sigue sin discutir el carácter civil de su relación, éste comportamiento, se suele considerar suficiente como para orientar finalmente la decisión del juez o tribunal.

Esta valoración, consigue objetivar la calificación de las relaciones controvertidas, dotando al fallo de previsibilidad, al hacer que el juzgador sustente su decisión en un dato perfectamente apreciable por los sentidos -y que no es susceptible de interpretaciones contradictorias-, como es la calificación unánime de los contratantes. Pero tal respuesta, aplicada de manera generalizada, puede atentar contra la seguridad jurídica y contra el derecho fundamental a la igualdad, pues casos sustancialmente idénticos podrán obtener calificaciones judiciales radicalmente diferentes sólo por el hecho de que los contratantes se declaren conformes o no con la calificación inicial.

Si la decisión del juzgador se apoya exclusivamente sobre la calificación unánime de los contratantes sin tener en cuenta las características fácticas concretas de cada prestación de servicios, se estaría ofreciendo una posibilidad de legitimar la libre disposición de normas imperativas. Y si la calificación final no tiene en cuenta el contenido real de los derechos y obligaciones que verdaderamente han surgido y se han materializado entre los contratantes, la irrenunciabilidad de derechos que consagran tanto el art. 6.2 C.C. como el art. 3.5 ET, podría verse afectada.

La «libertad de empresa» (art. 38 CE), unida al derecho constitucional a la «libre elección de profesión» (art. 35 CE) permite a los contratantes elegir la modalidad contractual que estimen más conveniente para satisfacer sus necesidades productivas, pero nunca podría llegar al extremo de legitimar la libre calificación y con ella, la

elección del derecho aplicable a la relación que verdaderamente han originado. Por ello, para evitar las críticas derivadas de la posible trasgresión de normas imperativas, el intérprete encubre la «presunción de certeza», instrumentalizándola a través de una interpretación rígida de la genérica referencia legal a que la prestación de servicios se realice "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.

Así, y a pesar de que la respuesta más frecuente consiste en extender en la medida de lo posible el ámbito de aplicación de las normas laborales recurriendo a una interpretación flexible del art. 1.1 ET, esta regla general cuenta con ciertas excepciones, entre las que ocupa un lugar destacado la práctica referenciada. Se puede afirmar que esta esporádica manifestación de vis repulsiva del ámbito del Derecho de Trabajo, obedece en realidad a un objetivo no declarado, pero que es el que verdaderamente orienta la aplicación jurisprudencial del Derecho, esto es: el reconocimiento y legitimación de la voluntad acorde de los contratantes en torno a la naturaleza, pretendidamente civil de la relación que les vincula. En este caso, la interpretación restrictiva de laboralidad por medio de la exigencia de una dependencia laboral estricta se explica por el hecho de que el juzgador considere "interés prevalente" satisfacer y ratificar la voluntad acorde de las partes. En cambio, en las demás ocasiones, cuando no existe acuerdo de voluntades sobre la calificación del vínculo, la jurisprudencia sigue aplicando la noción generalizada de dependencia flexible.

Cualquier clase de interpretación (sea extensiva o restrictiva) tiene como principal límite el de no llegar a desnaturalizar ni hacer irreconocible la relación jurídica que se trata de interpretar. Por ello, la irrenunciabilidad de derechos sigue siendo un límite absoluto que relativiza en la esfera civil el valor de la voluntad acorde de los contratantes. Ahora bien, existen otros mecanismos para conseguir el mismo resultado que no vulneran de manera directa el tenor literal del art. 1.1 ET, ni la irrenunciabilidad de derechos mínimos que impone el art. 3.5 ET.

La «presunción judicial de certeza» que es ahora de autonomía y no de laboralidad, no tiene ninguna clase de apoyo normativo expreso. Curiosamente, la revalorización de la autonomía de la voluntad de los contratantes nunca se reconoce, sino que se encubre por medio de un retorno a la noción de «dependencia laboral estricta» característica de la producción industrial. Gracias a esta argumentación y de manera indirecta, el fallo logra ratificar la calificación que los propios contratantes ofrecen a la relación jurídica a que han dado lugar, apoyándose únicamente en una interpretación estricta de la literalidad del ET; y es con ello con lo que se consigue esquivar las posibles críticas relacionadas con su contradicción con la irrenunciabilidad de derechos, a las que debe enfrentarse tal presunción de certeza.

Exigiendo una subordinación laboral muy intensa, será casi imposible que la relación controvertida se ajuste a las estrictas exigencias de la dependencia laboral tradicional, que tienen una manifestación muy difícil en el moderno sistema productivo. En consecuencia, prevalecerá la naturaleza civil declarada por los propios contratantes, sin que la técnica de interpretación empleada se pueda rechazar por considerarla potencialmente lesiva frente a derechos irrenunciables puesto que, en definitiva, tal respuesta se sigue apoyando en el art. 1.1 ET.

El juzgador se vale de la ambigüedad normativa y de la indefinición social del concepto vigente de dependencia laboral para llegar a esta conclusión, a través de la que se intenta potenciar al máximo la libertad de empresa y la libertad profesional que proclama la CE, al mismo tiempo que se abre una vía desconocida hasta ahora para revalorizar la autonomía de la voluntad de los contratantes en la esfera laboral.

Pero, a pesar de lo expuesto, la irrenunciabilidad de derechos siempre debe actuar como límite absoluto, con lo que se impide cualquier clase de restricción de derechos mínimos, y toda vulneración de normas imperativas. Otra cosa es que pueda

bordearse esta limitación por medio de las enormes posibilidades interpretativas a las que da lugar la ambigüedad del art. 1.1 ET.

Uno de los inconvenientes de esta presunción judicial es que impide crear un concepto uniforme de dependencia laboral. La práctica jurisprudencial empleará un concepto flexible de dependencia o bien un concepto estricto, según necesite, para alcanzar una u otra finalidad. Serán las circunstancias que rodeen al caso controvertido las que determinarán si el juzgador se debe decantar por uno u otro concepto de dependencia laboral. Pero éste no será su único obstáculo.

En resumen, la respuesta jurisprudencial que se apoya en la nueva «presunción de certeza», es criticable desde dos puntos de vista:

1. En primer lugar porque olvida el principio de realidad jurídica. La calificación del vínculo debe realizarse en función de los derechos y obligaciones nacidos realmente entre las partes y no a través de apreciaciones subjetivas de la voluntad de los contratantes. Es cierto que el proceso de identificación se complica al máximo cuando se trata de deslindar realidades jurídicas especialmente cercanas, pero esto no es excusa suficiente como para obviar fases básicas de todo proceso de identificación, como es la valoración detallada de los derechos y obligaciones que respectivamente han asumido los contratantes.

2. Al mismo tiempo, se olvida que la naturaleza de la relación es un derecho indisponible por las partes porque afecta al orden público; por eso, basar la respuesta judicial en la voluntad de las partes, aunque sea de manera tácita, es una forma de permitir a los contratantes disponer de derechos irrenunciables, atentando con ello contra normas imperativas. Y es precisamente por ese motivo es por lo que este argumento no aparece recogido expresamente en los fundamentos de derecho de

ninguna de las sentencias estudiadas sino que se deduce entre líneas de los fundamentos de derecho que sustentan el fallo, aunque sí se manifiestan claramente sus efectos.

No se alega la revalorización de la voluntad de los contratantes porque hacerlo implicaría vulnerar la legalidad de la decisión jurisprudencial, pues la sentencia estaría legitimando la inaplicación de normas de derecho mínimo, como son las que se refieren a la identificación de la naturaleza jurídica de cada modalidad contractual. La única manera de salvar la legalidad de esta postura jurisprudencial es encubriendo su verdadera finalidad por medio de una aparente interpretación restrictiva de la ambigüedad el art. 1.1 ET.

La irrenunciabilidad de derechos actúa siempre como límite de derecho necesario ante cualquier modalidad de «libertad de pacto», ahora bien, el hecho de que esta técnica se instrumentalice aparentemente por medio de una interpretación restrictiva de la redacción del art. 1.1 ET, dificulta apreciar esta vulneración.

Por el riesgo de error que subyace bajo esta práctica, y por la controvertida relación que mantiene con normas imperativas, debería rechazarse la «presunción de certeza». En cambio, jueces y tribunales, atraídos posiblemente por la sencillez del criterio que la rige, e intentando al mismo tiempo potenciar el tráfico jurídico ratificando en su fallo la voluntad común de los contratantes, se muestran especialmente proclives a tener en cuenta la calificación acorde de los contratantes sobre la naturaleza jurídica de su relación, coincida o no con la realidad.

Todavía el nuevo concepto de «integración productiva» no cuenta con un haz de indicios claro y generalizado, admitido universalmente que facilite el reconocimiento de la laboralidad de cierta prestación de servicios de naturaleza dudosa. Por ello, el juzgador valora más que antes la voluntad acorde de los contratantes, precisamente

porque se apoya en ella para suplir las dificultades interpretativas con las que se enfrenta. El juzgador sustenta así su decisión final en función de un criterio que considera suficientemente sólido, sobre todo cuando no se siente capaz de extraer ni de indagar acerca del alcance que ha demostrado tener la integración laboral en un caso concreto especialmente complejo.

Pese a su discutible admisibilidad no se debe olvidar que esta técnica puede tener cierta utilidad. La revalorización de la voluntad de las partes sólo será admisible ante los hipotéticos casos en que realmente sea imposible -ni siquiera recurriendo a un sistema indiciario actualizado- demostrar cuál es la calificación jurídica que prevalece en el caso. Así, ante situaciones especialmente lagunosas, dónde el intérprete no cuente con ningún elemento de juicio lo suficientemente trascendente como para sustentar en él la calificación final, como último recurso, y siempre sometido a un elevado margen de error, podría encontrarse en la voluntad acorde de los contratantes un punto de referencia en el que apoyar la calificación de situaciones controvertidas, cuando los datos materiales no aporten criterios útiles para deslindar claramente el trabajo autónomo para subordinarlo de la dependencia flexible. Sólo entonces, lo que simplemente es un dato formal -la calificación unánime de los contratantes-, puede llegar a ocupar un lugar muy importante en el proceso de identificación.

Pero aunque no se puede descartar cierta operatividad residual de este tipo de presunción judicial, tampoco se puede olvidar que su uso generalizado presenta un serio inconveniente: el llegar a desnaturalizar la relación jurídica que se trata de aplicar. A pesar de este peligro, por el momento, y como regla general, la voluntad acorde de los contratantes se puede utilizar para simplificar la labor de interpretación, evitando tener que delimitar realidades afines analizando cuidadosamente los datos del caso.

Apoyándose en el margen de indeterminación legal, la jurisprudencia intenta adaptar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo a la necesidad de protección real de cada sujeto. Y la «presunción de certeza» es fruto de una valoración de la necesidad muy discutible: se estima que el acuerdo de voluntades entre las partes acerca de la naturaleza jurídica de la relación que han constituido, está actuando como reconocimiento tácito de los propios contratantes de que se hallan en una situación contractual de estricta igualdad.

Aunque con más frecuencia se recurra a tal presunción para intentar diferenciar el arrendamiento civil de servicios del contrato de trabajo, en realidad tiene aplicaciones muy diversas. Excepcionalmente se utiliza también para intentar deslindar el vínculo laboral de otro tipo de realidades productivas de naturaleza civil, como pueden ser los arrendamientos civiles de obra; para diferenciar la relación laboral de la colaboración personal que realizan los propios socios en sociedades civiles sin personalidad jurídica, y a la hora de delimitar la relación laboral del trabajo amistoso y de buena vecindad.

Pero a pesar de esta afirmación general, no se puede negar que existen diversas situaciones en las que el juzgador no se encuentra predispuesto a confirmar la calificación acorde de los contratantes. Esto ocurre, por ejemplo, ante situaciones controvertidas calificadas en principio como becas. En esos supuestos, la realidad jurídica siempre prima, sin que la denominación acorde de los contratantes sea capaz de influir sobre la calificación final del vínculo. El intérprete se limita a aplicar la noción de «integración productiva», omitiendo cualquier consideración sobre la naturaleza jurídica que los propios contratantes le atribuyen a la relación que ha nacido entre ellos

Es muy importante resaltar que esta presunción sólo se utiliza para facilitar la identificación de un vínculo civil y no a la inversa. Curiosamente, una de sus peculiaridades más llamativas es que no se emplea para potenciar el reconocimiento de

una relación laboral cuando ésta es la opinión unánime de los contratantes. En el caso de que ambos contratantes afirmen la laboralidad de su relación cuando ésta materialmente reúne el perfil de una prestación independiente, sea civil o mercantil, tal voluntad acorde es irrelevante, pues en ese sentido, sigue primando estrictamente la «regla de la realidad jurídica», so pena de llegar a desnaturalizar la norma jurídica (en este caso el art. 1.1 ET) que se trata de aplicar. Del mismo modo resulta esencial advertir que esta nueva presunción actúa solamente en la fase de aplicación judicial del derecho y no afecta a otro tipo funciones públicas ni a la aplicación del derecho que realizan otros funcionarios.

Entre todas sus manifestaciones, cuando la presunción de certeza se utiliza para delimitar una relación laboral del vínculo civil, de causa gratuita que genera el voluntariado social, puede tener especial intensidad.

Así lo demuestra la respuesta que la jurisprudencia ofrece al problema de delimitar la prestación laboral del trabajo voluntario. El «compromiso de vinculación» que suscribe el sujeto que realiza su colaboración en el seno de una organización altruista permite desencadenar una versión muy particular de la presunción de certeza, también restrictiva del ámbito del Derecho del Trabajo, aunque esta vez no a favor del arrendamiento civil de servicios, sino del voluntariado social.

Pero la mayor peculiaridad de la «presunción de certeza» aplicada sobre el trabajo voluntario es que el juzgador no sólo tiende a ratificar el compromiso suscrito cuando el proceso se inicia a raíz de la actuación de un tercero, o de oficio, sino que incluso prospera cuando son los propios contratantes los que discrepan sobre la naturaleza real de la de la relación que les une. Y precisamente es esta sobrevaloración desmesurada del compromiso inicial de vinculación que suscribe un voluntario respecto

a su organización, la que hace que la presunción de certeza adopte ante el voluntariado social su manifestación más intensa.

Y es que en estos casos, el tipo de integración inherente a la actividad del voluntario en la entidad sin ánimo de lucro que se formaliza en el «compromiso de vinculación» excluye automáticamente, en opinión del juzgador, cualquier posible vestigio de la «integración productiva» que se necesita para sustentar la laboralidad de un vínculo, apoyándose de nuevo en una interpretación restrictiva del art. 1.1 ET.

El compromiso con la organización suscrito por el voluntario, tiene tanta fuerza indiciaria a favor de la naturaleza no laboral del vínculo que, en la práctica, se utiliza para destruir otro tipo de presunción: la presunción de retribuibilidad del trabajo productivo, incluso cuando con el transcurso del tiempo sea el aparente voluntario el que reniegue de su declaración inicial y suscite el conflicto.

En cambio, en el resto de colaboraciones amistosas, benévolas o de buena vecindad, la «presunción de certeza» se mantiene dentro de sus límites habituales, valorando como rasgo de autonomía únicamente la calificación acorde de los contratantes que no se discuta en ningún momento durante el transcurso del proceso.

Ahora bien, esta nueva presunción, como todas las presunciones judiciales, también admite prueba en contrario pues, en principio nada impediría aportar datos fácticos derivados del desarrollo de la prestación controvertida que indiquen que el compromiso referido se firmó en fraude de ley, con la intención de hacer pasar desapercibida una auténtica relación laboral. Y puede servir como indicio de fraude el hecho de que la participación voluntaria a la que se compromete el aparente colaborador altruista se materialice, por ejemplo, en un tipo de prestación productiva desarrollada en régimen de exclusividad y de manera continuada en el tiempo, o que la cantidad que

mensualmente se perciba supere claramente una mera compensación por los gastos, acercándose a un sueldo normal de mercado.

El hecho de que la generalidad de las decisiones jurisprudenciales tiendan a ratificar la calificación civil ofrecida desde un primer momento por los contratantes y no discutida, no impide que existan ciertas excepciones. Así, ciertos procesos judiciales iniciados de oficio se ocupan detenidamente de analizar los datos del caso con el fin de encontrar cualquier rasgo de integración productiva capaz de orientar la calificación jurisprudencial hacia la laboralidad a pesar de que ésta no es la pretensión de los contratantes. Curiosamente, estas excepciones, a pesar de serlo, serán las únicas que apliquen correctamente el alcance real del art. 3.5 ET y que al mismo tiempo se ajusten al concepto vigente de integración flexible.

En teoría, esta presunción, en principio, al ser judicial, tendría como todas, naturaleza iuris tantum. Pero, de ser admitida, serán las propias características de la situación en la que se desarrolla, las que dejen sin efecto la posibilidad de destruirla, con lo que, a todos efectos, se comportará como una presunción iuris et de iure. Pues, si corresponde a las partes del proceso la carga de aportar elementos fácticos de peso suficiente para destruir el contenido de la presunción y afirmar la naturaleza laboral de un vínculo calificado como arrendamiento civil de servicios, y la presunción se sustenta precisamente en que ambos contratantes se muestran conformes con dicha calificación, se están eliminando también la mayor parte de las posibilidades reales de destruir la apariencia autonomía.

Teniendo esto en cuenta, se puede concluir que, salvo concretas excepciones, la respuesta jurisprudencial será previsible: prevalecerá una noción amplia de integración productiva y con ella, de relación laboral cuando uno de los contratantes reclame una mayor protección jurídica y, por el contrario, se retornará a la estricta dependencia

laboral cuando el proceso se inicie de oficio, por lo que la voluntad acorde de los contratantes, en realidad estará generando un peculiar fenómeno de vis repulsiva del ámbito de aplicación de las normas laborales.

XVII. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL

El Tribunal Constitucional es, en nuestro ordenamiento, el órgano jurisdiccional superior "en materia de garantías constitucionales" (art. 123.1 CE), posición que lleva a otorgar un lugar preferente no sólo a los fallos de sus resoluciones, sino también a las fundamentaciones en que las mismas se apoyan. El Tribunal concentra, junto a su labor esencial de controlar la adecuación constitucional de las leyes y normas con rango de ley, su actividad en dos de los ámbitos con mayor contenido contencioso en la Constitución, esto es, en el recurso de amparo como garantía extraordinaria de los derechos fundamentales frente a las lesiones producidas por los poderes públicos, y cuando actúa en relación con los procedimientos de conflicto de competencias, propios de una jurisdicción constitucional inserta en un Estado políticamente descentralizado.

Las decisiones del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias obligan a todos los poderes del Estado (art. 87.1 LOTC), fuerza vinculante que se proyecta con especial intensidad sobre el resto de los órganos jurisdiccionales, incluidos todos aquellos a los que la Constitución califica como de "poder judicial". Precisamente por ello, es una singularidad fundamental de la jurisprudencia constitucional su valor frente a la jurisprudencia ordinaria, incluso la del Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, al no estar incluido en el marco de ese "poder", conduce a someter a su control, mediante el recurso de amparo, incluso las decisiones del Tribunal Supremo, si

bien tal sumisión se ha de producir en materia de derechos fundamentales. El recurso de amparo permite, de este modo, que sea efectiva la superioridad del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria, superioridad que significa, en último extremo, vinculación del poder judicial a la doctrina constitucional.

El Tribunal Constitucional no es el "único" intérprete de la Constitución, sólo el "supremo" de conformidad con el art. 1.1 LOTC, el "intérprete supremo de la Constitución". Como señalara la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6, "el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución". De este modo, tal y como confirmó la STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2, "el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos".

Es así que "la Constitución es, guste o no, lo que la jurisdicción ve en ella". El papel del Tribunal Constitucional ha sido, en este punto, clave a la hora de proceder a actualizar el contenido de la Constitución hasta el punto de que "no es posible concebir nuestro vigente sistema laboral sin la referencia al papel desempeñado por la jurisprudencia constitucional". La función desempeñada por el Tribunal Constitucional ha sido esencial de la definición del modelo democrático de relaciones laborales al depurar el sistema normativo preexistente a la aprobación de la Constitución de todas las impurezas del régimen autoritario precedente (significadamente en materia procesal y de Seguridad Social), al marcar el camino por el que debía transitar el nuevo modelo (importantísimo es el papel desplegado por la STC 11/1981, de 8 de abril en la

interpretación constitucional del RDL 17/1977), al diseñar el contenido y límites del derecho de huelga en nuestro país; a la hora de contribuir a la creación del modelo sindical diseñado por los art. 7 y 28.1 CE; o, en fin, a la hora de intervenir en la construcción y diseño del moderno Estado de las Autonomías. Es, pues, momento, veinticinco años después de su efectiva puesta en marcha, de hacer balance de los logros alcanzados en materia social y de tratar de definir las líneas fundamentales a través de las cuales el Tribunal Constitucional ha desarrollado su actuación a través de este período.

"Social" es el primero de los adjetivos que aparecen en el articulado de la CE (art. 1.1 "España se constituye en un estado social y democrático de Derecho..."), síntoma inequívoco de la trascendental importancia que el constituyente ha querido dar al diseño de Estado. La primera de las proyecciones de la calificación de Estado social en nuestro texto constitucional es la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de desigualdades sociales como uno de los "valores superiores" del ordenamiento enunciados por el art. 1.1 CE. Así, el Tribunal Constitucional, en su STC 8/1983, de 18 de febrero, subrayó cómo "la igualdad se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente, de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la misma proclama".

La concepción del Estado Social se proyecta sobre la propia definición del ordenamiento laboral como sistema de tutela de los trabajadores. Consecuencia, en suma, de la configuración histórica del Derecho del trabajo como ordenamiento forzado por los trabajadores frente al Estado, antes que libre y espontáneamente otorgado por éste. Porque son, precisamente, la lucha obrera desplegada contra la explotación capitalista, los resultados de esa lucha y, por tanto, las modificaciones incesantes habidas en el mismo régimen de explotación, los elementos que propician el abandono de la hipótesis inicial de igualdad plena entre los contratantes y la noción de contrato de

trabajo como encuentro entre voluntades libres e iguales, propia del capitalismo liberal y de su dogma de la autonomía de la voluntad, para dotar al ordenamiento, paulatinamente, de un carácter tuitivo del contratante más débil capaz de posibilitar efectivamente la función pacificadora de la norma laboral. El carácter tuitivo cristaliza así, en el ámbito jurídico, la ruptura con el principio civil de la par conditio contrahendum, una vez que se constata, en el ámbito social, la efectiva y real desigualdad entre las partes.

Este tratamiento favorable al trabajador ha sido aceptado por la doctrina constitucional. Ciertamente, "el momento de la contratación es, sin duda, aquél en el que la desigualdad real entre empresario y trabajador se hace más evidente" (STC 142/1993, de 22 de abril). En la misma línea cabe situar a la STC 125/1995, de 24 de julio. En la misma, el Tribunal Constitucional subrayó que "el empresario parte de una genérica ventaja social y económica y de una cierta primacía en la relación jurídica", y continuó señalando que "al contrario, el trabajador, en virtud de la naturaleza de la relación jurídica, parte de un sometimiento al poder disciplinario del titular de la empresa, esto es, de una situación de desventaja a la que, en el caso de las sanciones muy graves confirmadas por resolución judicial, se añade una situación en la que queda esencialmente comprometida su relación laboral, afectados seriamente sus derechos personales y alterado su modo de vida".

De enorme importancia es la trascendental STC 3/1983, de 25 de enero. En la misma, frente al dogma liberal de la igualdad de los contratantes, el Tribunal Constitucional afirma que la legislación laboral se apoya en la idea de la asimetría del contrato a causa de la desigualdad de poder económico de empresario y trabajadores lo que, en última instancia, justifica una intervención equilibradora del Estado. Dice el Tribunal Constitucional que la citada intervención se justifica, precisamente, por "la disparidad normativa que se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresarios que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de

ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es dependencia o subordinación de uno respecto del otro". La sentencia citada añade "el legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias. De todo ello deriva el específico carácter del Derecho laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre las que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales".

Del mismo modo, la dimensión de lo "Social" ha llevado al Estado contemporáneo a dejar de ser un mero garante de libertades individuales para responsabilizarse integralmente del mantenimiento y mejora de un justo orden social. El Estado se hace cargo de la "procura existencial", es decir, de llevar a cabo las medidas que aseguran al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, pero, además, responde a la idea de que no sólo las clases menos favorecidas, sino la generalidad de los ciudadanos, son incapaces para proporcionarse los elementos necesarios para su bienestar. Dicha finalidad se concreta, a su vez, en varios objetivos: la garantía de una renta mínima, la reducción de la inseguridad económica y social, la protección del estándar de vida normal, una oferta amplia de servicios sociales públicos y la reasignación del consumo sobre todo el ciclo vital de los individuos. La jurisprudencia constitucional ha coadyuvado al citado logro al configurar tal institución como una "función de Estado" (STC 65/1987, de 21 de mayo), esto es, como un derecho de estricta configuración legal, llamada a proteger "situaciones o estados de necesidad", dentro de una "tendencia a la universalización de las medidas de protección social", que incluyen tanto las prestaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social. Como recientemente ha demostrado la STC 239/2002, de 11 de diciembre, "tanto las actuaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social persiguen la atención

de situaciones de necesidad, desde una perspectiva histórica que condiciona las primeras a la previa contribución de sus beneficiarios y no así a las de asistencia social".

El diseño constitucional de nuestro sistema de Seguridad Social definido por la jurisprudencia constitucional aporta como datos característicos los siguientes:

En primer lugar, el papel protagonista del legislador en la configuración del sistema de Seguridad Social, siempre con estricto respeto a la garantía institucional en la que viene definida. En el ámbito de la Seguridad Social este papel ha sido reiteradamente reconocido por el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia constitucional reconoce la libertad de configuración del legislador y su capacidad de renovación en la ordenación de la Seguridad Social ya que el art. 41 CE no le obliga al "mantenimiento incólume del régimen establecido en la vigente Ley General de la Seguridad Social", que "no es un canon insustituible de constitucionalidad, ni sus normas contienen fórmulas rígidas para determinar el alcance de la garantía institucional de la Seguridad Social", tal y como señalara la STC 37/1994, de 10 de febrero. Dicha libertad queda únicamente sometida, continúa el citado pronunciamiento, a los límites que se derivan del propio art. 41 CE, que sí establece "un núcleo o reducto indisponible por el legislador", que ha de ser preservado "en términos recognoscibles" para la imagen que de la Seguridad Social "tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar" y de otros preceptos constitucionales.

Una segunda idea que extrae la jurisprudencia constitucional del diseño efectuado por el art. 41 CE es la pluralidad de modelos posibles de Seguridad Social. Con carácter general, el Tribunal Constitucional viene afirmando que "no es posible partir de la consagración de un único modelo de Seguridad Social". La Constitución se ha limitado a consagrar "una institución, protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia", pero sin cerrar "posibilidades para la evolución del sistema

(...) hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar" (STC 206/1997, de 27 de noviembre). La "garantía institucional del sistema de Seguridad Social", que el art. 41 CE consagra, en la medida en que "impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen recognoscible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema [...]. Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social [...] "entre los que sobresalen su mencionado carácter público y su diseño legal imperativo".

Libertad de configuración que, en todo caso, queda limitada únicamente por el respeto a la "esencialidad" de su carácter público y la uniformidad en su gestión económica. Según la doctrina constitucional, el carácter necesariamente público del sistema de Seguridad Social no excluye, sin embargo, el establecimiento de fórmulas de gestión o de responsabilidad privadas, siempre que éstas sean "de importancia relativa" en el conjunto de la gestión de aquél y, consiguientemente, el papel y el compromiso de los poderes públicos en la satisfacción de su función protectora siga siendo "predominante" (SSTC 37/1994, de 10 de febrero, y 129/1994, de 5 de mayo). Principio esencial es, también, como decimos, la exclusividad del control estatal sobre la "caja única" del sistema. Según el Tribunal Constitucional, la reserva a la competencia exclusiva del Estado del "régimen económico" de la Seguridad Social es plena, alcanzando competencias de naturaleza legislativa --es indiscutible que en tal materia el Estado no sólo retiene la legislación básica, sino la legislación completa y también ejecutiva sobre la gestión de ese régimen económico, con la finalidad de "preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un "régimen público", es decir, único y unitario... para todos los ciudadanos (art. 41 CE), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1 CE), así como la satisfacción de los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja --a los que respondió la creación

de la Tesorería General de la Seguridad Social, antes de aprobarse la Constitución" (STC 124/1989, de 7 de julio; STC 195/1996, de 28 de noviembre).

A este diseño de Seguridad Social definido en sus rasgos maestros por la jurisprudencia constitucional debe añadirse un principio medular en la interpretación constitucional del modelo. La Seguridad Social, en tanto que variable dependiente de la realidad económica, se encuentra obligada a modular necesariamente su acción protectora en función de circunstancias económicas y sociales. Obligación intrínseca pero que también alcanza a la propia actuación del Tribunal Constitucional, que debe valorar tal circunstancia a la hora de controlar las decisiones del legislador en esta materia. Como gráficamente recuerda la STC 49/1994, de 16 de febrero citando, la STC 65/1987, "salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél" (STC 44/2004, de 23 de marzo, 213/2005, de 21 de julio). La variable económica es también una variable hermenéutica de primer grado a la hora de valorar las decisiones en esta materia.

Finalmente, el modelo público de Seguridad Social no se define de forma solipsista, pues el mismo puede coexistir con otros sistemas complementarios de carácter libre, si bien éstos no pueden ser considerados equivalentes a aquél. Como se ocupó de subrayar nuestro Tribunal Constitucional, la noción de Seguridad Social, tomado en consideración el marco normativo "interno e internacional, donde hoy se mueve la institución", "no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad". Cuando la voluntad privada dispone de capacidad de decidir sobre los beneficiarios, extensión e intensidad de la protección y fórmulas de articularla --afirma la jurisprudencia constitucional-- "sin salir del ámbito genérico de la "protección

social", sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social". En suma, materialmente, los sistemas autónomos y voluntarios de protección social (mutualismo de previsión social, planes de pensiones, mejoras voluntarias de seguridad social externalizadas a través de contratos de seguro), aun complementarios del sistema público e imperativo de Seguridad Social --la llamada "Seguridad Social complementaria"--, no son, propiamente, Seguridad Social.

La discriminación en razón del sexo, tal como se la interpreta comúnmente, implica la consideración arbitraria e irracional del sexo en la adjudicación de beneficios y posiciones. El concepto de discriminación, "aunque manifestación del principio de igualdad, tiene un contenido más específico y se refiere a la llamada tutela antidiscriminatoria, que impone una paridad de trato, evitando o suprimiendo ciertas diferencias de trato socialmente existentes, cuyo carácter "odioso" se reconoce como contrario, como decimos, a la dignidad humana" . Se ha dicho con enorme acierto que "las leyes contrarias a la discriminación sexual de este tipo fueron modeladas a partir de las leyes de la discriminación racial. Y así como la legislación a favor de la igualdad de razas pretende una sociedad "ciega a las diferencias en el color", del mismo modo las leyes en defensa de la igualdad sexual pretenden una sociedad ciega por lo que hace al sexo".

El Tribunal Constitucional ha reaccionado vigorosamente contra los estereotipos de la condición femenina arraigados en ideas como la mayor debilidad o inferioridad física de la mujer, su mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares, la necesidad de "liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica", la mayor dependencia de su subsistencia económica de las mujeres hacia sus familiares, la presencia femenina atractiva en el trabajo y la dependencia de las mujeres casadas respecto de sus maridos. La importancia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la mujer en el trabajo ha resultado fundamental. Baste destacar como ejemplos la inicial labor de delimitación conceptual de la discriminación por razón de sexo (STC 128/1987, de 16 de julio),

seguida de la construcción desde la base que aportaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades del concepto de discriminación indirecta (STC 145/1991, de 1 de julio), o del propio concepto de acoso sexual definido por la STC 224/1999, de 13 de diciembre.

Sobre esta base conceptual, la doctrina judicial ordinaria y constitucional ha protagonizado un papel fundamental a la hora de corregir estas situaciones, incorporando a nuestro sistema jurídico soluciones adoptadas en la realidad comparada a la vez que construyendo novedosas categorías dogmáticas para el riguroso análisis de esta compleja materia. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de discriminación por razón de sexo han corrido, en cuanto a la línea argumental mantenida se refiere, a través de dos grandes líneas de interpretación. De un lado, por la vía de la denominada jurisprudencia equiparadora, en la que se daba respuesta a supuestas discriminaciones directas o indirectas que limitaban o prohibían a la mujer la realización de ciertas actividades permitidas o exigidas a los varones; y, de otro, por la vía de la jurisprudencia compensadora, si el tratamiento diferencial procedía de discriminaciones que, en el ámbito del trabajo y la seguridad social, otorgaban a las mujeres ciertas ventajas o beneficios de cuyo goce estaban excluidos los varones en la misma situación.

Las estadísticas siguen mostrando la diferencia que sigue persistiendo en la remuneración por sexos. Buena muestra de ello es el Informe Employment in Europe 2003: the main findings, en el que la Comisión Europea señala que con carácter general en todos los mercados de trabajo de la Unión Europea persisten las diferencias salariales por razón de género, siendo España uno de los países donde la diferencia es más alarmante. Concretamente, si en los países de la Unión Europea la diferencia salarial por razón de género es de un 15%, en nuestro país, la cifra prácticamente se duplica, ya que las trabajadoras cobran entre un 27% y un 28% menos que los hombres.

La jurisprudencia constitucional ha jugado un importante papel en esta materia desde la importantísima STC 145/1991, de 1 de julio, que introduce en nuestro ordenamiento el concepto de discriminación indirecta que resultará nuevamente aplicado por la STC 58/1994, de 28 de febrero. En el primero de los asuntos, las recurrentes en amparo eran limpiadoras de un hospital público y reclamaban el mismo salario que los peones, al venir realizando el mismo trabajo, percibiendo, según el convenio colectivo, un menor sueldo. El Tribunal Constitucional otorga el amparo por estimar que en estas situaciones se produce tanto una discriminación directa (según el principio de igual retribución: a igual trabajo, igual salario), como indirecta (desigual valoración --adoptando como criterio determinante el sexo-- de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación). La prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo "como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad". Así, la STC 286/1994, de 27 de octubre, resuelve un supuesto parcialmente similar al resuelto en la referida STC 145/1991, 1 de julio, si bien se marcan ciertos rasgos distintivos con este último pronunciamiento. En una empresa de fabricación de galletas, mientras que a los varones se les confiaba la producción (esto es, la manipulación de materias primas y la creación del producto), a la mujeres (salvo excepciones) se las derivaba hacia el departamento de envasado, empaquetado y acabado, asignado a esta función y a la que desarrollaban las mujeres en el departamento de producción, un nivel retributivo inferior. La Sentencia sostiene que "es muy probable que en la génesis de la segregación profesional de los trabajos (...) estuviera una vez más la idea preconcebida de la menor fortaleza física y debilidad de la mujer en relación con el varón". Tal distinción se califica por el Tribunal Constitucional de "anacrónica" y "estereotipo".

Más reciente en el tiempo es la STC 250/2000, de 30 de octubre. Se solicitaba en el proceso a quo, de conflicto colectivo, la nulidad de las tablas salariales de los fijos discontinuos de un Convenio Colectivo por discriminatorias por razón de sexo y, previa declaración de que las categorías de hombres y mujeres tenían el mismo valor, el

reconocimiento del derecho de las categorías "femeninas" a percibir el mismo salario que sus equivalentes en las categorías "masculinas". El Tribunal Constitucional inicia su Sentencia recordando la doctrina sobre la discriminación por razón de sexo y, más concretamente, aquélla en la que el esfuerzo físico es el elemento encadenado a la misma, señalando el "carácter sospechoso del factor de esfuerzo como criterio único de valoración", y subrayando que la regla general es que el esfuerzo físico no es, en principio, un criterio sexualmente neutro; la excepción se produciría cuando el esfuerzo físico no sea pues único criterio de valoración, sino que se combinase con otras características más neutras. De este modo, no cabe, por tanto, partir en la solución del caso de la idea de que el esfuerzo físico sea un criterio de valoración absolutamente rechazable sin fisuras, cuando nuestra jurisprudencia y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (caso Dato-Druck, de 1 de julio de 1986, apartados 18, 24 y 25) introduce matizaciones y salvedades, que no pueden ser desconocidas de antemano". Sobre esta base se pone de manifiesto cómo el Tribunal Superior de Justicia de Murcia contemplaba en su Sentencia como criterio de diferenciación entre los puestos de trabajo no sólo el esfuerzo físico, sino también criterios de responsabilidad, concentración y cualificación técnica, por lo que, al no ser el único criterio utilizado, no se habría producido la vulneración denunciada. La justificación en este caso reside en el hecho de que "la real funcionalidad del factor esfuerzo en los respectivos puestos de trabajo" se ha llevado a cabo no de forma "vaga, no razonada [...] sino que detallan con absoluta precisión la especial índole del esfuerzo de que se trata, su intensidad y sus posibles riesgos".

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha considerado discriminatorio el establecimiento de indemnizaciones pactadas en un Acuerdo alcanzado en un ERE cuando el módulo de cálculo resulta también discriminatorio. Es el caso de la STC 183/2000, en la que se declaró que "es discriminatoria una indemnización que se calcula sobre la base de un salario discriminatorio puesto que, en definitiva, perpetuaría la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras".

Los efectos de la discriminación salarial se proyectan también sobre el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. Las diferencias en las cuantías de la pensión media de dos clases de pensión por razón de sexo se pueden observar en el cuadro siguiente, y llama poderosamente la atención que en el caso de la pensión de jubilación de personas comprendidas entre 50 y 54 años, la de las mujeres sólo alcanza el 25,4% de la de los hombres, para luego en los siguientes tramos de edad situarse en torno al 64,5%. Hay tramos de edad en que la media de las pensiones de incapacidad permanente de las mujeres sólo alcanza el 46,1% de la de los hombres, pero también en otros tramos llega incluso al 92,3%. En cualquier caso, la pensión media de las mujeres en ningún tramo de edad, sea de jubilación o de incapacidad, es igual o superior a la de los hombres.

La determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, pueden suponer un evidente perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial. La STC 253/2004, de 22 de diciembre, Pleno, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social número 1 de Pontevedra respecto del párrafo segundo del art. 12.4 de la LET/1995 antes de su actual redacción a partir del RDL 15/1998. Dice el Tribunal Constitucional que "el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social [...] no justifica que "se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo". La STC 49/2005, de 14 de marzo y la STC 50/2005, de 14 de marzo

estiman igualmente el amparo solicitado por vulneración de la misma norma ya declarada inconstitucional.

El ámbito más íntimo de lo íntimo es, sin duda, la sexualidad que, como señalara la STC 89/1987, de 3 de junio, "pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados", por lo que es evidente que el libre ejercicio de la sexualidad y la determinación de la persona o personas con las que se mantiene o desea mantener una relación de esta naturaleza forma parte de la propia decisión personal que en el ejercicio de su libertad decide ceder apartados importantes de su intimidad, como son los constitutivos de su propia disposición corporal a cambio de sentimientos, igualmente, íntimos que anidan en cada persona.

El acoso sexual es una forma típica de violencia de género, esto es, una "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres" --utilizando la expresión del artículo 1.º de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género--, mientras que, siendo el ofensor y la víctima del mismo sexo masculino, probablemente la conducta --aunque eso nunca se pueda descartar de manera radical-- está al margen de los roles de género hombre/mujer. Pero esto sólo determinará, si no median factores de dominación sexual basados en la construcción social de los sexos --esto es, el género--, la imposibilidad de considerar la existencia de discriminación por razón de sexo.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en su STC 224/1999, de 13 de diciembre. En la misma, el Tribunal señala de forma rotunda que, si bien "la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico", lo que se pretende eliminar son "aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo". Por ello, concluye el Tribunal

Constitucional, "constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo [...].En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que, además, se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto". En pronunciamientos posteriores, como es el caso de la STC 136/2001, de 18 de junio y 207/2001, de 22 de octubre, el Tribunal Constitucional se ha acercado a esta materia pero, en este caso, para denegar el amparo solicitado.

La imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor (art.18 CE), cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo, en contraposición a la intimidad que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad y al honor; donde puede tratarse de aspectos externos o internos, pero deben lesionar la dignidad personal. Son numerosos los textos internacionales que se han pronunciado acerca de la necesidad de superar una imagen de la mujer que esté por encima de su propia corporalidad.

Especialmente polémico ha sido, también, el asunto resuelto por la STS 23 de enero de 2001. En la misma, la Dirección Comercial de AVE publicó, en fecha 30 de septiembre de 1992, el denominado Manual de Uniformidad del Personal de Atención al cliente de AVE; Manual que, entre otras, contiene una disposición expresiva de que, en

los actos de prestación de servicios laborales, el personal masculino use pantalón y calcetines y el femenino falda 2 centímetros por encima de la rótula y medias. La sentencia consideró que "no acarrea que exista una discriminación en el hecho de imponer el uso de la falda litigiosa a ciertas empleadas que tienen relación directa con la clientela, pues la desigualdad de trato no obedece a un motivo sexista, ni se han acreditado factores relevantes que tachen de discriminatoria la exigencia, pues la obligación de uniformidad parece razonable en una empresa pública, que, con la instauración de un novedoso y moderno medio de comunicación, como es el AVE, trata de "uniformar" a quienes de manera constante y habitual proyectan sobre los clientes la imagen de la Compañía". El TC en su STC 84/2006, de 27 de marzo, no entra en el fondo por pérdida de objeto del recurso de amparo pues "de los datos expuestos [...] que la propia empresa pública, [...] ha revocado esas órdenes, satisfaciendo de manera íntegra la reivindicación laboral planteada (derecho de las trabajadoras a elegir entre falda y pantalón en su uniforme)".

La maternidad constituye una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, soportado solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación. Tan singular situación impone, también, una especial tutela ante este tipo de situaciones. No sorprende, por ello, que el Tribunal Constitucional haya mostrado una particular sensibilidad hacia estas situaciones y, desde antiguo, actuando de forma rotunda frente a aquellos comportamientos empresariales que estén fundamentados en un trato diferencial basado en este hecho. Ello ha llevado a nuestro Tribunal Constitucional a no dudar en calificar como discriminatorias actuaciones empresariales arbitrarias tales como las resoluciones contractuales en período de prueba por considerarse que la facultad resolutoria del empresario durante el período de prueba no es ilimitada, su ejercicio no puede entrañar infracción de derechos constitucionales (STC 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre); las derivadas de la no renovación de un contrato temporal a una trabajadora embarazada (STC 134/1996, de 22 de julio y 175/2005, de 4 de julio); el caso de la suspensión del contrato de trabajo

a una pilota embarazada, sin derecho a contraprestación salarial, en tanto que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes (STC 161/2004, de 4 de octubre); el cese en un puesto de libre designación (Secretaria del Consejero de Presidencia de la Comunidad Autónoma de Madrid) por embarazo (STC 98/2003, de 2 de junio); los despidos directos basados en la situación de embarazo (STC 17/2003, de 30 de enero).

De especial importancia son, también, recientes pronunciamientos como el resuelto en la STC 182/2005, de 4 de julio, que ha considerado igualmente discriminatoria la postergación profesional de una trabajadora a causa de sus embarazos y maternidades. La Sala considera que de la valoración de la realidad fáctica subyacente se deduce "inequívocamente" que los sucesivos embarazos y consiguientes maternidades de la demandante motivaron la no asignación de las tareas jurídicas de mayor entidad, el perjuicio derivado en la promoción económica y el cambio final de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por carecer de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza han supuesto una evidente discriminación para la trabajadora demandante de amparo. Dice la Sentencia comentada que en el presente caso "no se trata, en consecuencia, de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acreditado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad)".

Igualmente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema del derecho de los funcionarios interinos a disfrutar de la excedencia para el cuidado de hijos y del permiso de maternidad (STC 240/1999, de 20 de diciembre, 203/2000, de 24 de julio y 20/2001, de 29 de enero). En todas ellas el amparo se otorgó reconociendo a ese colectivo el derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar. En las mismas, desde argumentos diversos, se declara que el desconocimiento de este derecho para los funcionarios interinos lesiona el art. 14 CE, en su vertiente de derecho a la no

discriminación por razón de sexo. La STC 240/1999 contiene importantes afirmaciones en relación con la excedencia para el cuidado de hijos. Se parte en la misma de que "hoy por hoy, son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos", de que obra en autos el informe del Instituto de la Mujer recogiendo los datos facilitados por el Ministerio de Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y personal laboral que solicitan la excedencia para el cuidado de hijos son mujeres. De los datos fácticos se concluye que la denegación de la solicitud de la referida excedencia supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral, que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres perpetuando así la discriminación de la mujer en el ámbito social y laboral.

Es conocida la frase del weimariano K. Korch cuando afirmaba que "cuando cruza la puerta de la fábrica, el obrero se ve sometido a una ley particular, en cuanto en casa de su patrón le son impuestas normas de comportamiento vinculantes". Frente a esta concepción, las construcciones jurídicas más recientes se han alzado afirmando que las manifestaciones de "feudalismo industrial" repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1 CE), por lo que "la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano" (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2), de modo que "el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada" (STC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4).

A) El fortalecimiento de la intimidad como rechazo a la observación: límites a los controles laborales del trabajador

La intimidad posee una primera dimensión que se identifica con el rechazo de todo individuo a ser observado. La incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas, o el reconocimiento de la nueva ola de los derechos fundamentales de tercera generación en la que destaca el de autodeterminación informativa, convierten esta sociedad del fin del trabajo en una sociedad virtual; en una nueva sociedad transparente que no puede prescindir de un trabajo, también, transparente". El TC ha tenido oportunidad de plantearse esta cuestión fuera del estricto ámbito del derecho a la intimidad y ha analizado otro bien jurídico que puede ser dañado mediante actividades de videovigilancia: la libertad. El supuesto al que se enfrentó la STC 37/1998, de 17 de febrero, era el relativo a si se vulneraba el principio de libertad sindical cuando un piquete informativo en una huelga fue objeto de toma de fotografías y la filmación en vídeo por la Ertzaintza. En el referido pronunciamiento, el intérprete máximo de la Constitución señaló que "la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad".

En su STC 186/2000, de 10 de julio, resuelve un conflicto sobre la licitud del establecimiento de cámaras de vídeovigilancia en el economato de una empresa. El TC considera que el poder de dirección del empresario le atribuye la facultad de adoptar las medidas que estime más oportunas para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, capacidad, en cualquier caso, que no resulta ilimitada. El Tribunal se ocupa de subrayar que tal posibilidad no supone que el empresario quede "apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo". No obstante, a juicio del referido pronunciamiento, la medida adoptada resultó justificada (existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración

temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada). Razones todas ellas que llevan al TC a descartar que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE.

La STC 98/2000, de 10 de abril, ha sentado una doctrina de importancia en esta materia. El caso en el que encuentra su base el referido pronunciamiento tiene su origen en el Casino de La Toja. En el mismo se había instalado un circuito cerrado de televisión que, posteriormente, se completó con la instalación de micrófonos para la captación y grabación de sonidos, lo que se verificó en la ruleta francesa y en las secciones de caja, y que se justificaba como una medida útil para solventar las discrepancias que pudieran plantearse con los clientes ante las transacciones económicas. Con esa instalación se captaban tanto las conversaciones de los clientes como las de los trabajadores. Aplicando la doctrina general anteriormente expuesta, el TC considera vulnerado el derecho a la intimidad de los trabajadores de dicho Casino. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes.

Límites a la obtención y recopilación de datos relativos a la salud de los trabajadores

El derecho a la salud se configura como un derecho de la personalidad, que desarrolla un papel complementario respecto al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, también consagrados en nuestra norma fundamental en su art. 15 CE. Si bien algún pronunciamiento se ha referido directamente al contenido y alcance de este derecho (tal es el caso de la STC 220/2005, de 12 de septiembre), lo cierto es que los más significativos pronunciamientos se han centrado en la intimidad interpretada como "bloqueo de información". Se ha dicho que la privacidad es una "relación cero"

(en el sentido de que está constituida por la ausencia de interacción, comunicación o percepción), es un vínculo "negativo" entre dos personas. La intimidad se relaciona por una parte con el concepto de secreto y, por otra, con la noción de vida privada. En ella es más relevante que el contenido de lo que se oculta la voluntad de controlar una determinada información.

La referida exclusión puede encontrar una recta justificación en la propia definición del derecho a la intimidad pues, como expresara la STC 142/1993, de 22 de abril, excluye del ámbito de la intimidad, constitucionalmente amparado, a "los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada". No obstante, el Tribunal Constitucional ha argumentado (STC 99/1994, de 11 de abril) "que la relación laboral tiene como efecto la sumisión de ciertos aspectos de la vida del trabajador a las necesidades de la organización productiva, pero no bastaría afirmar el interés empresarial para comprimir los derechos fundamentales del trabajador".

La STC 202/1999, de 8 de noviembre, analizó la constitucionalidad de una base de datos en la que constan todas las bajas por incapacidad temporal de los trabajadores extendidas por los facultativos de la Seguridad Social. El TC otorga el amparo al trabajador reclamante argumentando que los datos referentes a su salud constituyen datos sensibles y, por tanto, sólo cabe recabarlos por razones de interés general cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. Entiende el TC, a la vista del contenido del fichero, que resulta forzoso convenir que "su mantenimiento no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral, lo que, por otra parte, resulta plenamente acorde con la denominación «absentismo con baja médica» que recibe el fichero. Consecuentemente, la creación y actualización del fichero, en los términos en que se ha llevado a efecto, no puede ampararse, frente a lo sostenido por la empresa, en la existencia de un interés general

(art. 7.3 LORTAD y, por remisión, arts. 10.11 y 61 LGS), que justificaría la autorización por ley, sin necesidad del consentimiento del trabajador, para el tratamiento automatizado de los datos atinentes a su salud, ni tampoco en lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, habida cuenta de que en el fichero en cuestión no se reflejan los resultados arrojados por la vigilancia periódica --y consentida por los afectados-- del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral, sino tan sólo la relación de períodos de suspensión de la relación jurídico-laboral dimanantes de una situación de incapacidad del trabajador" (FJ 4). Concluye señalando que "la realización de dichas actividades prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática del titular de la información" (FJ 5). El referido pronunciamiento tuvo su continuación en la STC 153/2004, de 20 de septiembre, en la que se otorga el amparo ante la negativa de la empresa a ejecutar la primera decisión.

Especial interés reviste la STC 196/2004, de 15 de noviembre, que señala con toda contundencia que la intimidad del trabajador, corporal o personal, puede conllevar la imposibilidad de que le sean practicadas pruebas médicas en el contexto de una relación de trabajo si el propio trabajador se niega a ello. El TC aplica los criterios contenidos en la Ley 41/02, de 14 de noviembre, en materia de "consentimiento informado" con carácter previo a toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación; salvo que existan circunstancias específicas que justifiquen su imposición obligatoria, en cuyo caso, en tanto que no se requiere el consentimiento, no existe la referida obligación de información. En cuanto a la justificación para proceder a la obligatoriedad de la medida, es preciso que resulte acreditada, en palabras del TC, "la presencia de un interés preponderante de un grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (art. 22.1 LPRL). En este sentido, añade el TC que "la obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél es

libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión". La propia STC 196/2004 describe las modalidades de información que son necesarias para que las pruebas alcancen el nivel de legitimidad exigida por el art. 18 CE: en primer lugar, la incidencia de la prueba, por lo que el trabajador debe ser informado de si la prueba puede alterar su intimidad corporal o personal "al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o de desvalorización ante la comunidad". En segundo lugar, sobre el propio carácter necesario de la prueba para la vigilancia de la salud del trabajador, o su innecesariedad a estos efectos. En tercer lugar, sobre el impacto de la prueba en la salud del trabajador, "tipo de pruebas que vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como las posibles eventualidades y contingencias que de salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico.

Control sobre los sistema informáticos puestos a disposición por la empresa al trabajador

El enorme volumen de cambios tecnológicos que se están produciendo invitan a la reflexión jurídico constitucional como parece entender la STC 70/2002, de 3 de abril según la cual "los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos".

Especial significación tiene en este contexto de cambio tecnológico la STC 281/2005, de 7 de noviembre, que venía a poner fin a la larga batalla judicial que CCOO y el BBVA venían manteniendo en los últimos años sobre la utilización del correo electrónico de la empresa con fines sindicales. La sentencia considera que si bien el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, ello no supone que exista, con cargo al empleador, una obligación legal de facilitar la

transmisión de información sindical a los trabajadores a través de un sistema de correo electrónico. Las empresas no están, por tanto, obligadas a dotarse de una infraestructura informática para uso sindical. No obstante, considera el Tribunal que una vez creado el sistema y en funcionamiento, cualquiera que sea su finalidad, la empresa no puede negarse a que los sindicatos hagan uso del mismo para sus fines. Se hace recaer, de esta forma, sobre el empresario el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical, siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten una serie de límites entre ellos. La sentencia fija, además, una serie de condiciones o restricciones a las que debe sujetarse la utilización de este derecho: a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa; b) No podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, ni pretenderse que deba prevalecer el uso sindical; c) Finalmente, no teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prescrita en el Ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

La consolidación del diálogo en la empresa: libertad de expresión e información del trabajador en la empresa

La empresa constituye una fuente esencial de información y opinión sumamente significativa en las empresas, tanto para los trabajadores, como para terceros. Las nuevas formas organizativas hacen que el trabajador posea un nivel generalmente importante de acceso al conocimiento directo interno de la empresa (STC 143/1991, de 1 de julio), en aspectos laborales, comerciales, técnicos, etc... La libertad de expresión e información del trabajador en la empresa cobran, así, un papel trascendente. De la doctrina constitucional en esta materia es posible extraer dos funciones básicas de la libertad de expresión en el contexto laboral: función reivindicativa --esencialmente respecto a temas laborales-- y una función de denuncia --respecto a materias

extralaborales--. A ellos debería unirse una función de cooperación, que cada vez aparece como más evidente en las nuevas formas de organización del trabajo.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado desde sus orígenes de fijar y establecer límites al ejercicio de la libertad de expresión y de información en el seno de la empresa. El ejercicio de la libertad de expresión se encuentra sometido al límite general del respeto a los derechos constitucionales y, en especial, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En el ámbito de la relación laboral, además, las manifestaciones de una parte respecto de otra deben enmarcarse en las pautas de comportamiento que derivan de tal relación, si bien en el seno de las empresas de tendencia pueden imponerse límites adicionales al ejercicio de este derecho, como puso de manifiesto la importante STC 106/1996, de 12 de junio. La libertad de expresión en el ámbito de la relación laboral se encuentra a sometida a los especiales condicionamientos que derivan del propio contrato que sirve de base a la misma y que genera "un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto a otros, también el ejercicio de la libertad de expresión, de modo que manifestaciones que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo en el ámbito de dicha relación" (STC 120/1983, de 15 de diciembre, 6/1988, de 21 de enero). El principio de buena fe entre las partes del contrato de trabajo ha sido considerado como un límite último a dicho ejercicio lo que, en determinados supuestos, ha llevado a resultados más que cuestionables a nuestro Tribunal Constitucional.

Pero también el Tribunal Constitucional ha intervenido decisivamente en la proyección sobre el terreno de las relaciones laborales del derecho de libertad de información. La libertad de información no es un simple elemento de la libertad de expresión. La libertad de información, desde una perspectiva subjetiva, es el derecho del individuo a informarse sin trabas y por cualquier medio. En realidad, a pesar de su colocación sistemática, tras la especificación de la libertad de expresión, es supuesto de ésta: sin información no hay comunicación. La libertad de información protege "la libre

comunicación y recepción de información sobre hechos, o más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables" (STC 4/1996, de 16 de enero), garantizando actividades múltiples tales como la preparación, elaboración, selección y difusión de las informaciones o noticias.

La libertad de información, que nuestra Constitución reconoce y protege, tiene, como presupuesto de su ejercicio legítimo, a tenor de la doctrina constitucional, el que debe asentarse en la veracidad de los hechos que se exponen y difunden, sin perjuicio de que la información resulte inexacta; debe poseer trascendencia bastante para poder ser calificado lo en ella expuesto como "noticiable" o noticioso" y, en fin, la información debe poseer como requisito esencial del interés general y relevancia pública de la información divulgada, exigencias para cuya valoración debe tomarse en consideración la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados. Cumplidas las anteriores exigencias, puede afirmarse que cualquier actuar de un trabajador que cumpla con el referido "canon" debe considerarse conforme al ejercicio constitucional de la citada libertad.

De este modo, y en el actual contexto productivo, no han sido infrecuentes los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que, teniendo como telón de fondo denuncias sobre situaciones reales o potenciales de riesgo profesional, en los que se ha valorado el alcance, contenido y adecuación constitucional de las mismas. Tal es el caso de la STC 57/1999, de 12 de abril, relativo a las declaraciones en la prensa de un Inspector de Tráfico Aéreo tras un accidente, en las que denunciaba diversas irregularidades, tanto en las condiciones de las aeronaves propiedad de la empresa como en la actuación de los responsables de Aviación Civil. En la misma línea se sitúa la STC 90/1999, de 26 de mayo, en el que se valoraba el comportamiento de una empleada que fue recopilando información acerca de las condiciones en que se procedía a la recogida y transporte de elevadas cantidades de dinero por cuenta de una entidad bancaria. O, en fin, la más que cuestionable en su resultado STC 126/2003, de 30 de junio, en la que se enjuició el despido de un trabajador de una empresa de explosivos que acudió a los

medios de comunicación tras realizar diversas denuncias en su empresa y en distintos organismos públicos en las que imputaba a la empresa la venta de material defectuoso, el incumplimiento de las normas de seguridad y almacenaje, la manipulación de productos y la alteración de los resultados de las pruebas de control de calidad.

Los límites específicos que se le aplican cuando se ejercita dentro de las relaciones laborales conectan con la existencia de un deber de secreto del trabajador. Ello no obstante, aunque la norma que lo establecía para los demás supuestos desapareció a raíz de la reforma de 1994, suele entenderse que todos los trabajadores quedan afectados por una obligación similar en aplicación del principio general de buena fe contractual. De hecho, el Tribunal Constitucional se ha referido varias veces a la existencia de una obligación de "secreto profesional". Singular es, sin duda, el supuesto que contempló la STC 115/2000, de 10 de mayo, en la que se valoró la actuación de una antigua empleada de hogar de Isabel Preysler que suministró importante información a una revista sobre la vida privada de aquélla. El Tribunal derivó, en este caso, una obligación de secreto profesional impuesta por la relación de confianza, inherente a este vínculo laboral que implica la convivencia y el acceso a la esfera más íntima de la persona. Entendiendo la expresión "secreto" en su sentido más amplio, cabe comprender aquí el deber de sigilo que grava legalmente a los representantes de los trabajadores en el desarrollo de su función respecto de las informaciones de las que tenga conocimiento por razón de su pertenencia a la empresa. La STC 213/2002, de 11 de noviembre, se ocupó de esta cuestión modulando el alcance de dicha exigencia atendiendo al específico ejercicio de las mismas como parte de la acción reivindicativa propia de la condición de delegado sindical del demandante de amparo, siendo esta acción parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Esta vinculación entre ejercicio de la libertad de información y contexto en que la misma se produce resulta determinante en el resultado que alcanza la importante STC 198/2004, de 15 de noviembre. Señala, así el referido pronunciamiento que: "el carácter

sustancialmente veraz y no innecesariamente ofensivo de las comunicaciones realizadas, el contexto de conflictividad laboral en el que éstas se realizaron, su contenido estrictamente vinculado al objeto mismo del conflicto y su finalidad inequívocamente sindical, dirigida a la mejora de la posición reivindicativa de los trabajadores en orden a una solución del conflicto favorable a sus intereses, sin que haya quedado en ningún momento acreditada la existencia de acto de coacción o violencia alguno o de daños reales y efectivos a los intereses económicos de la empresa que pudieran estimarse derivados de las mismas, configuran dichas comunicaciones como una actuación sindical que no desconoció las obligaciones legales y contractuales del recurrente ni los límites constitucionales del ejercicio de los derechos frente a cuya lesión se demanda el amparo".

Los movimientos inmigratorios en España alcanzan inevitablemente cifras crecientes de personas que buscan con la inmigración el respeto de los derechos básicos de la ciudadanía. La tutela de estos derechos se encuentra firmemente asentada en la doctrina constitucional.

La STC 107/1984, de 23 de noviembre, señaló a este respecto que "cuando el art. 14 CE proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a "los españoles". Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, "son iguales ante la Ley", y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros". No obstante, la sentencia afirma que ello no significa que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulte constitucionalmente admisible, sino que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley. Esto es, los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional, si bien se trata de derechos de configuración legal. El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos

que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 CE y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Rotundamente la STC 137/2000, de 29 de mayo, señaló que "la Constitución garantiza a todas las personas y no sólo a los españoles, los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana". En todo caso, como recuerda la STC 95/2000, de 10 de abril, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE).

En definitiva, la conclusión a extraer de este razonamiento del Alto tribunal respecto a las garantías del contenido esencial de los derechos reconocidos a los extranjeros en general, y de la libertad de circulación en particular, puede resumirse en el principio de que las medidas que repercuten sobre los mismos deben fundarse, en primer lugar, en una Ley, y ésta, a su vez, habría de ser aplicada en forma razonada y razonable por las autoridades administrativas, ya que el Tribunal Constitucional está todavía lejos de dar soluciones exhaustivas al conjunto de preceptos constitucionales relacionados con la normativa de extranjería.

La interculturalidad parte del hecho multicultural de los conflictos potenciales entre culturas incompatibles, y pretende buscar caminos de convivencia. La tolerancia es una virtud indiscutible de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas produce la verdadera integración dentro de un proceso bidireccional que, en cuanto tal, exige ductilidad en la sociedad receptora, que alimente, en términos de

Habermas, un nuevo "nacionalismo cívico" en el que derechos como la objeción de conciencia cobran una nueva y trascendente importancia.

La clásica STC 19/1985, de 13 de febrero, en la que la trabajadora objetora "pidió el cambio de turno o una ausencia con pérdida de salario con compensación en otras horas, que la empresa no admitió, por lo que abandonó el puesto y fue despedida". En la misma, se lleva a cabo una radical contractualización del problema, rechazándose que en tales situaciones se esté produciendo un atentado a la libertad ideológica de los trabajadores sin que se aporte, sin embargo, criterio de ponderación o adaptación alguno que facilite el juego de los derechos fundamentales afectados. En la referida sentencia se señala que en la presente situación no se ha producido una falta de respecto al derecho a la libertad ideológica que hubiera resultado relevante si hubiese figurado en el contrato o si hubiese existido una "actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa", en vez de una mera omisión que imposibilitó "el cumplimiento de sus deberes religiosos". Como se ha señalado, la doctrina del Tribunal Constitucional en este supuesto no ha considerado la auténtica relevancia de un derecho fundamental en la estructura interna de los derechos y obligaciones que componen el contrato de trabajo.

Un supuesto que pudiera proyectarse al ámbito laboral es el resuelto por la STC 101/2004, de 2 de junio. El recurrente en amparo, Subinspector del Cuerpo Nacional de Policía, solicitó dispensa para participar en un desfile procesional de Semana Santa considerando que su presencia en la misma atentaba a su derecho de libertad religiosa. Denegada la solicitud y, pese a acudir a prestar el servicio, interpuso las oportunas acciones jurisdiccionales contra la orden dada, que fueron desestimadas. El TC otorga el amparo al entender fundada, dado que la finalidad del servicio era "realzar la solemnidad de un acto religioso de la confesión católica", la negativa a tomar parte en manifestaciones de culto por quien no profesa dicha confesión.

1. La definición del sindicato como pieza económica y social indispensable para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores

La CE trata de asegurar la centralidad de la posición de los sindicatos en el sistema constitucional, a la hora de efectuar el diseño y conformación de los interlocutores sociales. Siempre se ha subrayado la ubicación del art. 7 CE como demostrativa de la importancia que la CE atribuye a los sindicatos (y a las asociaciones empresariales), al conformarlos como instituciones básicas y medulares de la organización política y social con importantes papeles a desempeñar en el sistema de relaciones laborales y en el sistema económico. En esta misma línea, rápidamente tuvo oportunidad de decir el Tribunal Constitucional que los sindicatos son "organismos básicos del sistema político", "piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de (los) intereses" de los trabajadores y "formaciones sociales con relevancia constitucional". Así pues, la inescindible vinculación entre sindicato y sociedad, de la que da buena muestra nuestro texto constitucional, supone, en última instancia, que cualquier intento de profundizar en su condición actual se hace imposible sin el previo conocimiento de la realidad social sobre la que éste se proyecta.

En primer lugar, se observa una conexión esencial entre la dimensión colectiva de la libertad sindical y la institución sindical. Como el Tribunal Constitucional se ha ocupado de subrayar, esa dimensión de la libertad sindical comprende cuantos derechos corresponden, no ya a los trabajadores individuales, sino a los sindicatos. Rotundamente así se deduce de la STC 70/1982, de 29 de noviembre, FJ 3. El derecho constitucional de libertad sindical comprende no sólo el derecho de los individuos a fundar sindicatos y a afiliarse a los de su elección sino, asimismo, el derecho a que los sindicatos fundados --y aquellos a los que la afiliación se haya hecho-- realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar «contenido esencial» de tal derecho. Por ello, hay que entender que el

derecho que reconoce el art. 28 de la C. E. es el derecho a que las organizaciones sindicales libremente creadas desempeñan el papel y las funciones que a los sindicatos de trabajadores reconoce el art. 7 de la Constitución, de manera que participen en la defensa y protección de los intereses de los trabajadores [...]. Por eso, ya reconoció la STC 11/1981, de 8 de abril, que los derechos de huelga y de declaración de conflicto colectivo, de titularidad individual y de ejercicio colectivo, pueden ser hechos efectivos por los grupos de trabajadores y por los sindicatos en cuanto medio de participación de los trabajadores como conjunto".

Como en su día precisara la STC 37/1983, de 11 de mayo, "la Constitución que, al reconocer en su art. 28.1 la libertad sindical, no está admitiendo sólo el derecho de los trabajadores a sindicarse libremente o el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los Sindicatos a formar Confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas, sino también, por la necesaria remisión al art. 7, del que aquél es interdependiente, el derecho de los sindicatos a actuar libremente para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, permitiendo así que la propia actividad del Sindicato, como elemento teleológico que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, se integre en el art. 28.1 de la Constitución y goce de la protección que el art. 53.2 atribuye a los derechos y libertades reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II".

Con todo, el propio Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una cuidadosa operación de "rellenado" del contenido de la libertad sindical, sobremanera importante en el plano colectivo del derecho como consecuencia de su incompleta recepción constitucional, con frecuente apelación a los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10.2 CE). En numerosas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho de libertad sindical integra, junto a los elementos que conforman el núcleo mínimo, indispensable e indisponible del derecho o libertad (como pudiera ser el caso en el art. 28.1 CE de la vertiente organizativa de la

libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos -- huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos), otros derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial (por seguir con el ejemplo, los de representación institucional y de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones Públicas). Es así que determinados derechos se convierten en "derechos fundamental fuente" , es decir, se trata de un derecho del que manan una pluralidad de concretas posiciones jurídicas todas ellas cubiertas con las garantías propias de un derecho fundamental.

De este modo, el derecho fundamental de libertad sindical se compone no sólo de su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por esos derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el art. 28.1 CE. En la STC 9/1988, de 25 de enero, afirma el Tribunal Constitucional que junto a los derechos de los sindicatos que forman el contenido esencial de la libertad sindical, existen otras "facultades o derechos adicionales" atribuidos por normas infraconstitucionales, que pasan a integrar el contenido del derecho", conclusión que reitera la STC 51/1988, de 22 de marzo, FJ 5, a tenor de la cual "el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho, de forma que los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental". De modo que el legislador dispone, como recordara la STC 173/1992, de 29 de octubre, "de un amplio margen de maniobra que le permite crear medios adicionales de promoción de la actividad sindical pero también configurarlos o limitarlos en el futuro, modificarlos o suprimirlos". En todo caso, no todo incumplimiento de cualquier precepto referido a aquel contenido adicional integra el núcleo de un determinado derecho, sino únicamente aquellos "impedimentos u obstaculizaciones que existan y no

obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intereses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria ha podido tomar en consideración", como recordaron las SSTC 51/1988, de 22 de marzo, 30/1992; de 18 de marzo, 70/2000, de 13 de marzo.

Nuestro sistema sindical, como es bien conocido, se ha construido alrededor de las nociones de mayor o mera o suficiente representatividad. Prefigurada la noción en las previsiones estatutarias sobre la legitimación negocial, la misma se consagraría posteriormente en la LOLS, habiendo sido declaradas aquellas nociones plenamente compatibles con la CE por parte del Tribunal Constitucional, que desplegó una actitud de cooperación con el legislador y proporcionó la concepción del sindicato representativo como representante institucional de los trabajadores. La representatividad sindical es un indicador clave para la comprensión de nuestro actual modelo de libertad sindical. Constitucionalmente admitido, este modelo de selección sindical es el resultado de una apuesta histórica basada en el equilibrio entre lo necesario y lo posible. En tiempos recientes, el TC ha comenzado resueltamente a "moderar" y matizar la proyección del concepto de mayor representatividad. Este criterio se encuentra en vías de perder la condición general de atribución de derechos y facultades entre organizaciones sindicales, para convertirse en la excepción. En efecto, rectificando su primitiva y flexible postura, la más reciente jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha pasado a condenar el uso de la técnica de selección sindical amparada en la mayor representatividad, privándole del "pasaporte de constitucionalidad que antaño le otorgó" . El tratamiento cada vez más restrictivo de la mayor representatividad trae su causa del giro que el TC ha imprimido a la interpretación conjunta de los arts. 14 y 28.1 CE; esto es, en la variación introducida en el modo de afrontar los términos del conflicto entre derechos de igualdad y de libertad sindical, de un lado, y la promoción del hecho sindical de otro.

El consenso social alcanza plena proyección a través de la negociación colectiva (art. 37.1 CE). El Derecho del Estado no es sólo impotente frente al Derecho de la sociedad, sino que debe someterse a la primacía de éste, pues no tiene otra razón de ser que como medio de dar estabilidad al orden extraestatal, ya que el Estado tiene también como única base a la propia sociedad. Tal construcción llevará a reconocer la existencia de una multiplicidad de esferas jurídicas (la estatal y las varias sociales), identificando, por ello, al lado de la ley estatal, una multiplicidad de otras fuentes del Derecho positivo que son manifestaciones del dinamismo esencial de la sociedad: "el Estado no es otra cosa que un pequeño lago profundo en el inmenso mar del Derecho que lo circunda por todas partes".

La intervención negociada puede extenderse al compromiso de acción de Gobierno sobre cuestiones implicadas en la genérica expresión "intereses propios de los sindicatos", que halla su respaldo en el texto constitucional. Es más, la negociación de la política económica, en cuanto condicionante esencial del nivel de empleo, de salarios y de condiciones de vida de los trabajadores, ha sido uno de los elementos que ha caracterizado el fenómeno de la "concertación social", en tanto que sistema de gestión de una política económica y social general. La más trascendente consecuencia del referido fenómeno ha sido la recepción de lo negociado en el contenido de la ley porque, desde el punto de vista de la teoría de las normas, esta actuación implica una "autonomización", la "bilateralización" de un fenómeno esencialmente heterónomo y unilateral.

La tensión dialéctica que se observa entre facultades individuales e intereses colectivos proyecta sus rasgos definidores sobre el terreno salarial. Partiendo de la incontestada afirmación efectuada por el Tribunal Constitucional y según la cual "la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual", a la vez que "en modo alguno puede negarse capacidad de incidencia del convenio colectivo en el terreno de los derechos individuales", lo cierto es que la libertad individual desempeña en el campo de las relaciones laborales un papel complementario de la voluntad colectiva, de

modo que cada una de las dos libertades --individual y colectiva-- posee su propio campo de acción. No obstante, la jurisprudencia constitucional viene subrayando el papel subordinado de la autonomía individual en relación con la colectiva a propósito de los denominados "acuerdos individuales en masa". Se reitera la rotunda doctrina constitucional que, partiendo de la consideración de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo por los sindicatos como contenido esencial del derecho de libertad sindical, concluye en que la autonomía de la voluntad, o la decisión unilateral de la empresa, no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las mismas, eluda o soslaye la función negociadora de los sindicatos o vacíe sustancialmente de contenido efectivo al convenio STC 105/1992, de 1 de julio, 208/1993, de 28 de junio, 225/2001, de 26 de noviembre y STC 238/2005, de 26 de septiembre).

Un pilar esencial en el modelo social de nuestra Constitución es el diálogo social. El consenso, elemento esencial del propio nacimiento de la norma constitucional, es el fundamento de la convivencia y supone, en los términos científicos modernos, "el acuerdo sobre la forma y sobre un contenido mínimo básico de principios democráticos y de organización de la sociedad y del Estado que en nuestro caso se concretan en los valores superiores del Ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político". Pero, pese a constituir elemento esencial del moderno Estado constitucional la idea del pacto, del acuerdo, ello no significa un ilusorio desconocimiento del substrato conflictual propio de toda sociedad. El propio Tribunal Constitucional subrayó en sus SSTC 134/1994, de 9 de mayo y 94/1995, de 19 de junio que, "no puede olvidarse que los sindicatos se hayan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto a los empleadores y que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de interés o colaboración, sino de autodefensa".

Es así que la Constitución parte de una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y, por consiguiente, asigna al conflicto de intereses, cuya legitimidad general

ampara, un papel funcional dentro del sistema institucional. Se parte, de este modo, de la noción de que los trabajadores asalariados y los empresarios son portadores de intereses diferenciados que se encuentran en contraposición o conflicto estructural y que justamente el ordenamiento jurídico laboral se propone canalizar. La "contraposición de intereses en el mundo del trabajo" se configura así, como por lo demás reconocía de modo expreso la exposición de motivos del proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores, como el primero de los pilares básicos del nuevo modelo constitucional de relaciones de trabajo.

La jurisprudencia constitucional ha intervenido decisivamente en la construcción de la doctrina sobre huelga en servicios esenciales (STC 26/1981, de 17 de julio), piquetes (STC 2/1981, de 30 de enero, 254/1988, de 21 de diciembre y 122/1990, de 2 de julio), la huelga y el cierre empresarial (STC 72/1982, de 2 diciembre), la huelga en los servicios de seguridad en las empresas (STC 66/1983, de 21 de julio), los efectos del ejercicio del derecho de huelga (STC 13/1984, de 3 de febrero y 48/1991, de 28 de febrero), la huelga intermitente (STC 41/1984, de 21 de marzo), la huelga de funcionarios (STC 90/1984, de 5 de octubre y 99/1987, de 11 de junio), los trabajadores en la Administración militar (STC 26/1986, de 19 de febrero), el preaviso en huelga sectorial o general (STC 13/1986, de 30 de enero y 36/1993, de 8 de febrero), la relación entre la huelga y el convenio colectivo (STC 38/1990, de 1 de marzo), las primas antihuelga (STC 189/1993, de 14 de junio), etc.

Ciertamente, la interpretación en el Estado constitucional exige del juez no sólo la aplicación estricta de la norma positiva sino la adecuación a ciertos valores y principios establecidos por la Constitución. Así, de la interpretación de la ley como una actividad de conocimiento del juez, "se pasa a la interpretación como aplicación de valores y principios constitucionales, determinados y concretados conforme la Constitución ha establecido". Esta conexión entre valores y normas en la definición de los contenidos de la legalidad ordinaria tiene un claro exponente en la STC 192/2003,

de 27 de octubre. La misma declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (sentencia fundada en Derecho) en un caso en el que se despide al recurrente en amparo por trasgresión de la buena fe contractual, al haber trabajado en vacaciones, lo que el Tribunal Constitucional considera que no es acorde con la libertad y dignidad de la persona ni con el respeto a su vida privada. Tras recordar su doctrina en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que éste "exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho", así como que las resoluciones judiciales sean conformes con la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico, de todos los poderes públicos, y por consiguiente también de los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (arts. 9.1 y 117 CE), el Tribunal aborda el problema de si el despido de un trabajador por haber realizado un trabajo durante el tiempo de sus vacaciones resulta o no acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral y, con lo que es más importante aún, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza. La Sala declara existente la vulneración alegada porque "la concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente" y porque "una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con los principios constitucionales que enuncia el art. 10.1 CE (dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad), a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho y, para lo que importa ahora, la cláusula legal de la buena fe", de suerte que "la resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar esta cláusula, no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho".

Uno de los derechos-estrella de la constelación constitucional, es la tutela judicial efectiva, que constituye el verdadero protagonista de la tarea que desempeña el

Tribunal Constitucional. Un año tras otro, las estadísticas lo confirman. Por ello, puede decirse, sin temor a error, que la labor del Tribunal Constitucional sería muy distinta si no tuviese que soportar la pesada carga de amparos de carácter procesal. No debe sorprender, por ello, que el análisis y valoración de las técnicas hermenéuticas utilizadas por el máximo intérprete constitucional sean, en algunas ocasiones, valorados críticamente por la doctrina como instrumentos que, lejos de racionalizar y encauzar dentro de los estrictos parámetros constitucionales el actuar del Tribunal Constitucional, en algunas ocasiones colaboran en el desbordamiento señalado.

Desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, el Tribunal Constitucional viene manteniendo de modo constante en el tiempo que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse al mencionado derecho fundamental proclamado en el citado art. 24.1 CE en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal, en razón de la existencia en él de un derecho del condenado al doble grado de jurisdicción.

De esa circunstancia el referido Tribunal extrajo a partir de la STC 119/1998, de 4 de junio, la conclusión de que: "mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal". Como consecuencia de lo anterior, "el principio hermenéutico pro actione no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión" que "es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos". Más aún: el Tribunal Constitucional se ha ocupado

de señalar que el control que la jurisdicción constitucional puede ejercer sobre las decisiones judiciales interpretando las reglas procesales de interposición de los recursos "es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas".

La rotundidad de la referida doctrina parte de un presupuesto incontestable. Todas las partes del proceso son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial ex art. 24.1 CE, y no solamente quien sufre una sentencia de instancia desfavorable: al derecho de una parte a los recursos legales se contrapone, siempre, el derecho de las otras partes a una tutela judicial sin dilaciones, a que la sentencia favorable adquiera firmeza y sea debidamente ejecutada. En este punto, la diferencia con el derecho de acceso a la justicia es abismal. Pues puede afirmarse que "el acceso a la instancia y, por ende, que un Tribunal pronuncie una resolución de fondo que determine la controversia que enfrenta a distintas personas, favorece igualmente el derecho a la tutela de todas ellas. Pero, por el contrario, el recurso de una parte contra la sentencia que le resulta desfavorable perjudica, simétricamente, la tutela de los derechos declarados por el fallo en beneficio de la contraparte". En suma, "otorgar la misma protección en sede constitucional al momento álgido de la tutela judicial, el proceso de instancia o juicio, que a los momentos posteriores en que se revisa [...], supone una interpretación plana del art. 24.1 CE".

Finalmente, conviene recordar que el Tribunal Constitucional ha construido como parte del derecho a la tutela judicial efectiva la denominada "garantía de indemnidad". La primera sentencia que tuvo que pronunciarse sobre el asunto fue la STC 7/1993, 18 de enero, si bien la que incorpora por vez primera dicha expresión es la de STC 14/1993, 18 de enero. En síntesis, la "garantía de indemnidad" consiste en que "del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o

privadas para la persona que los protagoniza". "En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos". En definitiva, "del ejercicio de la acción judicial" no pueden derivarse "consecuencias negativas", toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no se satisface sólo "mediante la actuación de Jueces y Tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad". La misma doctrina se reitera en las SSTC 54/1995, de 24 de febrero, 140/1999, 22 de julio, 168/1999, 27 de septiembre, 191/1999, 25 de octubre, 101/2000, 10 de abril, 196, 197 y 199/2000, las tres de 24 de julio, 198/2001, de 4 de octubre o, en fin, con ciertas particularidades, en la STC 5/2003, de 20 de enero. Esta línea se ha venido ampliando claramente por el Tribunal en sus últimos pronunciamientos. Buena muestra son las SSTC 16/2006, de 19 de enero, 44/2006, de 13 de febrero y 65/2006, de 27 de febrero, que tuvieron como objeto la no renovación de unos contratos administrativos temporales como represalia por la existencia de una reclamación colectiva que tenía por objeto la declaración de existencia de una relación laboral.

XVIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE MARZO DE 1934

ANTECEDENTES DE HECHO:

Resultando que ante el Tribunal industrial de Madrid se formuló demanda por el expresado actor contra la entidad dicha Sucursal en España, en 11 de Julio de 1932, -en, reclamación de 8.622,65 pesetas por cantidades retenidas y 16.138,90 pesetas como indemnización por incumplimiento de contrato de servicios prestados a aquélla como vendedor a domicilio de los artículos: a que la misma se dedicaba, -desde- el año- 1922, con el haber semanal de 150 pesetas y comisión, en cuyo sentida suplicó se dictase sentencia condenando a la entidad demandada: Resultando que sin avenencia en la

conciliación el actor, en el juicio, aclaró su demanda en el sentido de que las 8.722,65 pesetas las integraban tres partidas: 745 por comisión, devengada por venta de (una máquina Francisco Fernández, y cuya máquina no retiró la demandada por su propia voluntad, si es que tenía diferencias con el comprador: 1.350 pesetas por nueve semanas impagadas desde Enero al 7 de, Marzo de 1931, y 6.527,65 pesetas por comisiones devengadas en su distrito, ya por ventas directas o por medio de sus agentes; y por la representación de la demandada contestóse que se oponía a la demanda, alegando, en primer término, la excepción de incompetencia del Tribunal por razón de la materia, ya -que el actor no era obrero, conforme al artículo 427 del Código del Trabajo y doctrina de la sentencia de este Supremo- Tribunal de 16 de Enero de 1925, pues era un comisionista conforme al contrato- que regulaba las relaciones -entre el actor y la demandada, y en cuanto al fondo, que no se le debían sueldos, sino sólo comisiones, con saldo a favor del actor de 108 pesetas hasta fin de Diciembre de 1930 en que cesó por carta, que le fue entregada, ya que no quiso firmar recibo, y -en cuanto a la -comisión del Sr. Fernández, que no tenía derecho a ella, y en todo caso la tenía saldada, y que como no era agente al tiempo de las otras que reclamaba, tampoco se le adeudaban; y en cuanto -a la indemnización solicitada, no tenía derecho a ella por improcedente, ya que según la cláusula primera del contrato suscrito se podía dar por rescindido avisando, como así se hizo, por escrito- Resultando que en el trámite de réplica se opuso el actor a la excepción formulada, porque excedía la cuantía de 2.500 pesetas, y tratándose de un obrero, era la jurisdicción la del Tribunal industrial; y segundo- el juicio se recibió a prueba, -practicándose las propuestas y pertinentes, y sometiéndose a la deliberación del Jurado el siguiente veredicto de preguntas:

Primera. ¿Don Leoncio Navarro Menéndez prestó servicios en la Sucursal de España de "The National Cash Begister Company Limited», del Londres, desde el¡ año» 1922 hasta su cese por orden y cuenta de dicha Sucursal en España?-Sí.

Segunda. ¿Las relaciones contractuales entre actor y la Sociedad demandada, se regían por el contrato escrito fecha 1.° de Enero de 1929 y sus anexos al mismo fechas 1.° de Enero, 1.° de Abril y 1.° de Octubre de 1929?-Sí.

Tercera. ¿Se regían además por la carta fecha 10 de Enero de 1929?-Sí.

Cuarta. ¿Fue despedido el demandante por medio de carta fecha. 7 de Marzo de 1931, obrante en autos?-Sí.

Quinta. ¿En oposición a la anterior pregunta, fue despedido por medio del carta el 31 de Diciembre de 1930?-No.

Sexta. ¿Llegó la carta fecha 31 de (Diciembre de 1930 a poder del interesado el mismo día, siendo entregada en la oficina, por el taquígrafo, en presencia de otros empleados -No.

Séptima. ¿La remuneración convenida era un sueldo de 150 pesetas semanales más una comisión según las clases' de máquinas -que vendiera?-No.

Octava. ¿En oposición a la anterior pregunta, tenía sólo como remuneración las comisiones, anticipándole a cuenta de- las mismas la expresada cantidad de 150 pesetas, semanales?-Sí.

Novena. ¿Correspondió al demandante una comisión de 745 pesetas; por venta hecha por su mediación en 19 de marzo de 1930 a D. Francisco Fernández?-Sí.

Décima. ¿Pagó el Sr. Fernández el precio de la máquina adquirida a que correspondía dicha comisión?- No.

Undécima. ¿Pagó solamente parte ascendente a 1.500 pesetas?- Sí.

Duodécima. ¿Tenía facultades la casa vendedora para, apoderarse de la máquina impagada en su totalidad por el Sr. Fernández?-Sí.

Decimotercera.. ¿Dejó de apoderarse de la expresada máquina la casa vendedora por su exclusiva voluntad?-Sí.

Decimocuarta. ¿Dejó de apoderarse la casia vendedora de la mencionada, máquina porque, habiendo sufrido, un embargo don Francisco Fernández, a instancia de acreedor distinto de la casa demandada en este procedimiento, no pudo verificarse el apoderamiento por haberse adjudicado a, otra, persona?-No.

Decimoquinta. En el período de tiempo comprendido, entre 1.° de Enero de 1931 a 7 de Marzo del mismo año, ¿importaron las comisiones devengadas en el, distrito asignado a D. Leoncio Navarro Hernández, 6.527,65 pesetas?-Sí.

Decimosexta. ¿Ha experimentado disminución en sus haberes D. Leoncio Navarro por valor de 16.138.» pesetas por virtud de la rescisión del contrato de referencia con la casa demandada?-No.

Decimoséptima. ¿Ha dejado de colocarse el Sr. Navarro en cumplimiento de la cláusula-A del artículo 27 del contrato con la /Compañía demandada?-No.

Decimoctava. ¿Ha dejado de colocarse por informes desfavorables dados por la Compañía demandada?-No.

En 15 de Octubre de 1932, dictó sentencia el Presidente del Tribunal industrial de Madrid, desestimando la excepción de incompetencia del Tribunal, por razón de la materia propuesta por la demandada, a la que1 condenó a pagar al actor, por comisiones devengadas durante el tiempo que prestó servicios, 6.625,65 pesetas, absolviendo a dicha entidad de lo demás pretendido en la demanda: Resultando que, previa consignación de la cantidad afecta a la responsabilidad del fallo recurrido, la entidad demandada ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero y sexto del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo, en concreto, el siguiente motivo: Único. El recurrente establece premisas y argumentos sobre los elementos subjetivo y objetivo en que las hace integrar, con extingas consideraciones para fijar las siguientes infracciones, que distribuye en la forma siguiente: a) Violación, por falta de aplicación, del artículo 435 del Código del Trabajo, en lo que respecta a la competencia del Tribunal que el juzgador admite.

b) Vulneración, en el propio concepto, de la doctrina que cita de algunas sentencias de este Tribunal Supremo.

c) Infracción de los preceptos de los artículos 244, 247 y 277 del Código de Comercio; y d) Violación, por aplicación indebida, de los artículos 1.° y 427 del Código laboral y 1.° de la ley de 21 de Noviembre de 1931, en cuanto se atribuye al actor la

condición de obrero, o al vínculo entra éste y la Sociedad, la naturaleza-de contrato- de trabajo- Resultando que, a su vez, el actor, asistido de la debida representación, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo y en síntesis los siguientes motivos: Primero. Razona el recurrente la infracción por inaplicación por la sentencia recurrida, relacionando las preguntas novena a decimocuarta del veredicto, del artículo 32 de la ley de (Contrato de Trabajo-, de 21 de Noviembre de 1931, que al regular el pago da los salarios en forma de comisión, establece, en su párrafo tercero: si el negocio se deshiciera por culpa probada del patrono, el trabajador podrá mantener su derecho a la comisión como si aquél se hubiera, hecho, sin perjuicio- de mejor derecho de un tercero, incurriendo por ello- la sentencia en error de derecho; y también de hecho al apreciar una cantidad como importe de unas comisiones como las discutidas, sin tener en cuenta que en el saldo en el que no ya incursa la comisión, según la pregunta vigésimos-primera del veredicto.

Segundo. Violación, por falta de aplicación, de los artículos 32 párrafos tercero y noveno, de la ley del -Contrato da trabajo, y 1.285, 1.288, 1.289 y 1.287 del Código civil, cuyas infracciones desarrolla con referencia al caso y al propio veredicto, estableciéndola base de que el contrato de trabajo, objeto de la demanda, es un contrato bilateral del que se derivan obligaciones reciprocas, indeterminadas en cuanto a su duración, condicional, con cláusula penal, cuyas, características enfrenta el recurrente al examinar el fundamento de la sentencia, que desestima el pago de indemnización con extensas consideraciones en apoyo de su tesis: Resultando que, pasados los autos al Fiscal, los devolvió con el correspondiente dictamen para arribos recursos, interpuestos: Visto, siendo Ponente en el acto de la vista el Presidente de la Sala, D. Demófilo de Buen:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Considerando que al sostener la Compañía demandada en su recurso la tesis, de la incompetencia del Tribunal industrial para entender de la reclamación formulada por D. Leoncio Navarro- Menéndez, plantea una de las cuestiones más controvertidas en la

doctrina, cual es la de si los agentes comerciales pueden ser reputados obreros a los efectos de la legislación laboral: Considerando que al discurrir en el terreno de la teoría sobre el ámbito personal del derecho del' trabajo, son de señalar las siguientes observaciones: a) Que este derecho ha sido con acierto calificado como el derecho de los trabajadoras sujetos a dependencias.

b) Que tal derecho tiene un carácter expansivo en el orden; personal, pues, si en sus comienzos, se aplicó sólo a los obreros de las fábricas y de las minas, extiende hoy cada vez más su radio, de acción.

c) Que en cuanto a los agentes comerciales, la opinión mejor fundada es la de no atribuirles siempre idénticas características, ya que según las condiciones de su trabajo, pueden ser verdaderos comerciantes o tan sólo auxiliares de otro, comerciante: Considerando que el carácter expansivo que en su área personal tienen las normas relativas al trabajo, encuentran en el derecho español de la República una importante manifestación en el artículo 6. de la ley sobré el Contrato de trabajo, de 21 de 'Noviembre de 1981, que, en cuanto encarna, el sentido de la legislación nueva, es lícito sea tenido presente por los fallos posteriores, aun-que sean dictados con arreglo al anterior ordenamiento" legislativo, siempre que aquél sea compatible con los preceptos de éste, puesto que interpretar las leyes no es atenerse a la letra de ellas, considerándolas aisladamente, sino entenderlas en armonía con el orden jurídico total y con las direcciones del pensamiento: social contemporáneo, única manera de evitar el divorcio entre el derecho y la vida, que se produciría si la jurisprudencia se redujera a establecer las consecuencias sacadas de un texto inalterable por medio de una lógica meramente formal: Considerando que, dada la época en que se prestaron los servicios cuya retribución se reclama, la cuestión ha de resolverse con arreglo al Código del Trabajo, cuyo, artículo 427 establece quiénes deben entenderse por obreros a los efectos de- la competencia der los Tribunales industriales; y hecho un análisis cuidándose de-dicho precepto, adviértase que en él se contienen, una definición genérica» (número primero), una "enumeración complementaria» (número-segundo), una ampliación analógica (número tercero), y, por último, “determinadas excepciones”; siendo de observar que en la primera se reputa Obrero a "la persona natural o jurídica que preste habitualmente

un, trabajo manual por cuenta ajena», pero, tanto en la enumeración complementaria, como a tenor de la ampliación analógica, desaparece la necesidad de que el trabajo sea estrictamente manual, pues en, aquélla se extienda el concepto- de r», obrero a los dependientes mercantiles, y a los contables, y en ésta se comprende a los que prestan servicios asimilados por las leyes, al trabajo manual: Considerando que la asimilación a que se refiere el número tercero del artículo 427, no es dable entenderla en sentido material, debiendo aceptarse que existe siempre que concurran las mismas circunstancias constitutivas de la ratio juris de la protección legal de los trabajadores, a saber: su inferioridad económica y social, que les pone a las órdenes, y bajo la dependencia de los patronos, quienes se adueñan de su actividad y la dirigen; siendo, por otra parte, innegable que la asimilación halla su apoyo en el propio artículo 427, cuando los trabajos son de la misma clase que algunos de los concretamente enumerados en su número segundo, cual acontece si se trata de personas que auxilian en la venta a un comerciante, aunque lo hagan fuera de su establecimiento, pues esta circunstancia no afecta, a la esencia de los servicios ni es suficiente para producir una consecuencia tan importante- como privar a determinados trabajadores del empleo de la jurisdicción laboral: Considerando, en cuanto a la índole de los servicios prestados por el actor a la Compañía demandada, que, a tenor del contrato firmado: en 1.° de Enero de 1929, que en la base de la relación jurídica mantenida entre ambos, y que está reconocido por el veredicto, el actor era un agente para la venta de cajas registradoras declarándose en las condiciones de aquel convenio que el único premio de su trabajo es una comisión (condición sexta), que le está vedado tener ocupación habitual alguna extraña al negocio de la Compañía en su distrito y queda sujeto a obedecer las reglas de carácter general y las particulares instrucciones de la Compañía (condición primera), que su, actividad queda limitada a la venta a: comerciantes al por menor (condición sexta), y a una demarcación señalada que la Compañía se reserva reducir o ampliar, sin más formalidad que un aviso previo, por escrito, que los pedidos hechos por su intervención necesitan la conformidad de la Compañía, la cual puede aceptar o rechazar las condiciones propuestas por el agente, que no está autorizado para firmar recibos en nombre de aquélla (condiciones, 17, 18 y 23), y que "mediante orden expresa de la

Compañía, palabras que acentúan la subordinación del agente, debe realizar trabajos manuales de instalador y cobrador, condiciones tales que demuestran que' el actor no era un representante ni tenía facultad para contratar como la tienen los comisionistas; según el artículo 245 del Código de Comercio, que sus servicios en parte eran estrictamente manuales, estando sometido al deber de obediencia y ligada su plena actividad al negocio e instrucciones de su principal, y que si tenía encomendados otros trabajos, como la busca de compradores, que no son de carácter estrictamente manual, también -es cierto que estos, últimos servicios ofrecen sustancial identidad con los realizados por otras personas, comprendidas, en el número segundo del artículo 427 del Código del Trabajo, y, por lo tanto, deben incluirse entre los que dicho precepto, a sus propios, efecto asimila a los trabajos manuales. Considerando que, al tener el demandante de esta litis carácter de obrero, al ser su contrato con la Compañía demandada verdadero contrato de trabajo, por no impedirlo el que el precio de su prestación no estuviese cuantitativamente determinado en el mismo contrato, ya que esta condición del precio cierto se cumpla cuando se señalan las bases para determinarlo en su día de modo seguro, y al versar el pleito sabré, una reclamación civil basada, según la demanda, en incumplimiento de contrato, es visto- concurren todos los requisitos establecidos por el artículo. 435 del Código del Trabajo, y, por ello, al declararse competente el Juez inferior, lo hizo- con arreglo- a las normas aplicables y no incidió en los defectos que 1e atribuye la parte demandada, en el único motivo del su recurso, que, por ello, debe ser desestimado: Considerando, en lo tocante al recurso formulado por el actor que a la afirmación en él contenida de haberse! infringido el artículo 32 de la ley sobre Contrato de trabajo, de 21 de Noviembre de 1981, es forzoso oponer, en primer término, que la parte impugnada del fallo no se funda en ese precepto, sino en determina- das cláusulas contractuales, y en segundo- lugar, es de observar que, tratándose- de un contrato celebrado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicha ley, y regulador de unos servicios que se dieron por fenecidos, también con anterioridad a tal fecha, ha de surtir efectos con arreglo a la legislación anterior a la mencionada ley, y no le es ésta aplicable, así como también es del objetar, lo que el -recurrente califica de -error de hecho, alegado en el mismo motivo, la improcedencia de

fundar el recurso en el número séptimo del artículo 1.692 de la ley - de Enjuiciamiento civil, cuando existe un veredicto y la imposibilidad de que este Tribunal deduzca de esa pretendido- error consecuencias para las que no ha sido clara y concretamente requerido, y que, en definitiva, podrían conducir a denegar al recurrente algo, que la concede la sentencia impugnada, por todo lo cual el primer motivo debe ser desestimado: Considerando, en cuanto al segundo- motivo del recurso- del actor, que tampoco pueda prosperan-, pues a través de las consideraciones en él aducidas se pretende obtener se condene a la casa demandada a una indemnización por despido, amparando tal pretensión en artículos de la ley sobre Contrató de trabajo, inaplicables a un despido- que tuvo lugar antes de ser promulgada y en preceptos del Código civil, de ninguna aplicación -al caso, debiendo observarse que para que -una demanda de indemnización por despido pueda prosperar ante los Tribunales industriales, salvo cuando éstos actúan en defectos da Jurados mixtos, deben acreditarse dos requisitos inexcusables, cuales son, el cumplimiento de una obligación y la existencia de perjuicios derivados de tal incumplimiento, prueba -que falta totalmente en nuestro caso, en el cual él despido, estaba autorizado por el contrato y no resultaba prohibida por ninguna ley vigente a la sazón, que haya sido citada en el recurso y, sobre todo, en el que la -existencia de- perjudicados está negada de modo explícito por el veredicto;

FALLO:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no- haber lugar a ninguno de los dos recursos por infracción de ley interpuestos por Leoncio Navarro Menéndez y la Compañía "The National Caja Register Company», de landres-sucursal en España-; entréguese al actor la cantidad consignada, y líbrese al Tribunal industrial de Madrid la certificación correspondiente., con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid e insertará en la Colección Legislativa, pasándose las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

2-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MARZO DE 1934

ANTECEDENTES DE HECHO:

Resultando que el referido actor formuló demanda contra dicho demandado en el Tribunal industrial de Sevilla, alegando que entró a prestarle servicios como empleado del oficina, con sueldo mensual de 300 pesetas, que se elevó después a 450; que a pretexto de reducir el negocio le rebajó el sueldo a 150 pesetas, ofreciendo que a diferencia se la abonaría al hacer el balance; lo cual no cumplió, despidiéndole en Julio; que se allanó en el Jurado mixto y le pagó 1.250 pesetas; que le correspondía, según las bases, el sueldo da 500 pesetas mensuales y además el 5 por 100 semanal por intereses, que; en total hacían la suma de 10.080 pesetas, cuya cantidad era la que reclamaba, y en cuyo sentido suplicó se dictase sentencia; Resultando que seguido el juicio por los trámites de los verbales por no constituirse el Jurado, el actor en el juicio lo reprodujo en demanda, oponiéndose a ella el demandado por improcedente y no ser ciertos los hechos de la misma, a los cuales opuso otros referentes, al régimen de trabajo, habiendo sido la causa riel despido la irregularidad y falta de asistencia al trabajo, y había remunerado todos los servicios prestados por el actor, y solicitó su absolución: Resultando que las partes insistieron en sus pretensiones y alegaciones, y practicadas las pruebas pertinentes se dictó sentencia en 11 de Marzo de 1933 por el Juez Presidente del Tribunal industrial de Sevilla, por la que absolvió al demandado de la reclamación formulada por el actor: Resultando que la representación da éste ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números séptimo y primero del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, alegando en su apoyo: Primero. Error de derecho al exigirse la probanza contenciosa de la condición de jefe del demandado, y en virtud, del artículo 32 de las Bases, lo cual estaba justificado por la certificación del acto conciliatorio de la demanda por, despido.

Segundo. Violación del artículo 2.° de la ley del Contrato de trabajo, al no aplicar el fallo el artículo 7.° de las Bases, que asigna 500 pesetas de sueldo al jefe de escritorio, el 11 y el 57 da la misma ley, que declara nulos los pactos y renuncias que

perjudique al trabajador, y el 87, número tercero, que establece el pago del 5 por 100 como intereses de demora: Resultando qua el Fiscal, en su dictamen, estimó improcedente el recurso: Visto, siendo Ponente, el Magistrado D. Salvador Alarcón:

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Considerando que motivado el recurso mediante la invocación de los números séptimo y primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, por el orden inserto mencionado, se impone analizarlos de tal suerte, así para mantener la estructura elegida por el recurrente, como por ineludible imperativo del razonamiento, dado el nexo indestructible entre ambos motivos, ya que el uno ha de ser premisa y el otro consecuencia obligada del primero. Elegido el error de derecho en la apreciación de la prueba, como fundamento inicial de la pretendida casación, lo desdobla el recurrente, a su vez, en dos extremos: el primero, encaminado a demostrar el concepto equivocado del juzgador sobre la inteligencia del artículo 32 de las Bases de trabajo para los empleados de despachos y oficinas que se dicen aprobadas por el Pleno del respectivo Comité paritario el 26 de Diciembre de 1930, y el segundo, para poner de relieve aquel error resultante de un documento auténtico: - Considerando, en cuanto- al primer extremo de este motivo, aun suponiendo que el Juez a quo sufriera equivocación evidente al -extraer del citado- artículo 32 una consecuencia bien distinta de la demandada por su construcción literal y por su anterior substancia, tal de desacierto jamás pudiera constituir el error de derecho, definido en el número séptimo del artículo 1.690 de la ley adjetiva, sino la interpretación errónea de una cláusula contractual, ley de obligada observancia para las partes que viniesen sometidas a sus ordenamientos; por tanto, para reparar en casación el supuesto agravio, era indispensable invocar el número primero del aludido precepto procesal. Por otra parte, como el juzgador de instancia, en la declaración de los hechos probados, no acepta como tal el pacto colectivo relacionado, ni de las actuaciones judiciales aparece practicada diligencia alguna en demostración de tan cardinal extremo, salvo la presentación de un ejemplar impreso, pero sin adveración alguna, cuantos razonamientos giren alrededor de tal elemento, caen dentro de un concepto inadmisible a los efectos de -este recurso: Resultando que, concretando el segundo extremo de este primer motivo en el "error de derecho en la,

apreciación de las pruebas, toda vez, que la calidad de jefe de- escritorio que tiene el demandante, resulta del documento auténtico cual es la certificación del acto conciliatorio habido entre las partes con motivo de una anterior demanda de despido, la mera lectura de este fundamento impone su desestimación: primero, porque confundidos por el recurrente los errores de derecho y de hecho que se contiene en el número séptimo del artículo 1.692, ya referido, aquél repelé por naturaleza toda cuestión ajena a la violación de un precepto legal, taxativo de obligatoria observancia para el juzgador y relacionado con la prueba, o sea, la discrepancia sustancial entre -el valor -que a éste merezca una prueba determinada y el que le debió merecer, conforme al categórico imperativo- de un precepto legal, mientras une el error de hecho sólo podrá exteriorizarse mediante la constancia de un acto oí de un documento auténtico-, reveladores de un defecto da atención o de reflexión padecidos por el Juez al apreciar las pruebas a través del criterio racional, y segundo, porque, aun en la hipótesis de haberse invocado el error de hecho, tampoco sería el recurso admisible, ya que el documento invocado no puede merecer la consideración de -auténtico, según constante y reiterada jurisprudencia, si cuanto no es de los que por sí hacen prueba de su contenido, y memos en este caso, en al que el allanamiento a la demanda fue condicionado a la rebaja por el actor de la cantidad en aquella solicitada, inferior cuantitativamente al tipo fijado por el artículo correspondiente de las supuestas bases de trabajo al principio referidas: Considerando que asimismo es procedente desestimar el motivo segundo del recurso, fundamentado al amparo del número primero del artículo 1.692, tantas veces citado, porque relacionada la infracción da los artículos 9.°, 11, 57 y 8 de la ley de 21 de Noviembre de 1931, con las estipulaciones contenidas en las bases de trabajo, que señalan el salario mínimo asignado al Jefe de Escritorio, era condición indispensable para el éxito del motivo aducido que el juzgador de instancia, estimando probada la existencia de aquellas bases las hubiese aplicado indebidamente al caso litigioso, más si dicha autoridad no las aplicó, por estimar improbada su existencia, estimación no combatida en forma, invocarlas en tal estado es hacer supuesto de la cuestión, desnaturalizándolos cauces legítimos por los que debe desenvolverse al recurso de casación en el fondo;

FALLO:

Fallamos, qua debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción da ley interpuesto por Don Laureano Vivas Mora; y líbrese al Tribunal industrial de Sevilla la certificación correspondiente, con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

3-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE JUNIO DE 1947

ANTECEDENTES DE HECHO:

RESULTANDO que el obrero Regino Marzal Jiménez formuló en escrito de 15 de diciembre de 1943, ante la Magistratura de Trabajo número 2, de Valencia, demanda contra D. Melchor Gómez Hernández y la Compañía de Seguros Hermes, solicitando que fuesen condenados al depósito necesario para asegurarle la pensión vitalicia, de 7,50 pesetas diarias, que es la que corresponde con arreglo a la cuantía del jornal, por incapacidad total y permanente para su profesión habitual, y subsidiariamente al Servicio de Reaseguro o Caja Nacional, fundándose para ello en que había prestado sus servicios al demandado como oficial de, albañil, con el jornal de 20 pesetas diarias, y el día 24 de diciembre de 1942, a las once de la mañana, se produjo una lesión en el hombro izquierdo, por lo que hubo de ser dado de baja para el trabajo por la contusión sufrida, siendo asistido por el médico de Utiel D. Emiliano Martín Lacuesta, que le dio de baja el día 31 de dicho mes, siendo tratado por dicho facultativo, que le dio de alta el día 7 de abril de 1943, y asistido por el doctor López Trigo, de Valencia, con posterioridad y por la Compañía de Seguros Hermes; habiéndole quedado una limitación de movimientos del hombro, más acusados en los de extensión forjada y aducción por una neuritis braquial muy acusada, produciéndole incapacidad total y

permanente que le impiden dedicarse a su trabajo habitual de albañil; y durante el tiempo que ha estado dado de baja sólo ha cobrado a razón de 102 pesetas semanales desde el 24 de diciembre de 1942 al 28 de abril de 1943, siendo asistido médica y farmacéuticamente por la Compañía Hermes, con la que tenía concertado el seguro el empresario demandado RESULTANDO que en el acto del juicio el demandante se ratificó en la demanda; el demandado, D. Melchor Gómez, manifestó que, dada su avanzada edad, su hijo Carlos era el encargado del trabajo y el que estaba enterado del asunto; y la Compañía de Seguros Hermes se opuso, expresando que el actor no trabajó a las órdenes de Melchor Gómez el día del accidenté, sino que era un obrero libre con un peón a sus órdenes, en la reparación de la Posada del Niño, ocurriendo el accidente el día 31 y no el 24, y cobrando de salario 17 pesetas y no 20, amañándose, el que el hecho ocurriera el día 24 para obligar a la entidad aseguradora, ya que el libro de salarios se cerró el día 24, teniendo en cuenta que el agente de dicha entidad en Utiel es sobrino del demandado, no siendo suficiente el que la entidad aseguradora aceptase el accidente por temporalidades, pues al conocer el engaño manifestó a la Inspección de Trabajo que se desentendía del mismo, siendo el actor obrero del Ayuntamiento de Utiel el día 31 de diciembre, en el que ocurrió el accidente, el cual, además y en todo caso no padece ninguna incapacidad, pudiendo trabajar perfectamente en sus ocupaciones habituales RESULTANDO que recibido el juicio a prueba se practicó la de confesión judicial, documental, pericial y testifical; y conclusos los autos se dictó por la Magistratura de Trabajo número 2, de Valencia, en 13 de enero de 1944, sentencia en la que se declaran hechos probados: Primero. Que entre Regino Marzal Jiménez, nacido el 30 de julio de 1901, y D. Melchor Gómez Hernández mediaba un pacto de trabajo por virtud del cual aquél prestaba a éste sus servicios como oficial de albañil en la reparación de la Posada del Niño, del término de Utiel, de la que es dueño D. Luis García Torrent, pero siendo contratista de las obras el Melchor Gómez, que por avanzada edad descargaba en su hijo Carlos la dirección de los trabajos.

Segundo. Que el obrero, y estando trabajando por cuenta del Melchor Gómez el día 24 de diciembre de 1942, a eso de las once de la mañana, como consecuencia del trabajo se produjo una contusión en el hombro izquierdo, que le ocasionó una lesión que

le obligó a abandonar el trabajo, siendo asistido por el médico D. Emiliano Martín, que por carecer de impresos no le dio el certificado de baja aquel día sino que le dio el certificado el día 31 de dicho mes y año, cuando siendo asistido por dicho médico hasta el día 7 de abril de 1943, que le dio de alta condicionalmente, pasando a prestarle asistencia el médico D. Eugenio López Trigo, de la entidad aseguradora Hermes, el que le dio de alta por desentenderse aquélla del accidente el día 28 de abril de 1943.

Tercero. Que D. Melchor Gómez Hernández tiene concertado seguro de accidente de trabajo con la entidad aseguradora Hermes, y con suplemento, por el que se compromete a abonar, en caso de accidente temporal, el jornal íntegro.

Cuarto. Que en el momento de ocurrir el accidente, el obrero cobraba el salario de 20 pesetas diarias, aun cuando en el libro de matrícula y en el de salarios de la entidad aseguradora con el patrono se hiciera constar que ganaba 17 pesetas, y aun cuando el obrero haya recibido, como lo ha hecho, las indemnizaciones por temporalidades a razón de 17 pesetas diarias desde el 2 de enero de 1943 hasta el 29 de abril del mismo año.

Quinto. Que el obrero propuso un arreglo a la entidad aseguradora por 3.000 pesetas, sin que recibiera contestación, y el día 24 de diciembre de 1942 recibió 100 pesetas del Ayuntamiento de Utiel por cinco jornales invertidos en arreglo de calles y alcantarillas, como albañil. Sexto. Que D. Melchor Gómez no aparece dado de alta en regímenes obligatorios de Subsidio, ni como asegurado.

Séptimo. Que el obrero actor, como consecuencia del accidente, padece en la actualidad una artritis escápulo-humoral del hombro izquierdo, que por ser dolorosa le impide realizar algunos movimientos, especialmente los de extensión y abducción, lo que le imposibilita y le disminuye su capacidad para el trabajo de albañil, ya que en la actualidad no puede realizar todas las faenas de albañil, es decir, de oficial albañil, pero sí algunas, lo que depende de la posición en que tenga que utilizar el brazo; RESULTANDO que en la mencionada sentencia se condenó a D. Melchor Gómez Hernández y a la Compañía de Seguros Hermes a que constituyan y abonen al obrero D. Regino Marzal Jiménez, y a partir del 20 de abril de 1943, fecha del alta, la renta del 25

por 100 de salario base de 20 pesetas diarias, descontados los domingos, como indemnización por la incapacidad parcial y permanente para su profesión habitual, producida en el accidente de trabajo ocurrido el día 24 de diciembre de 1942, absolviéndoles de las demás peticiones de la demanda; por estimar, entre otros fundamentos, el cuarto de sus Considerandos, que el salario base a que hemos de atenernos es que digo el que efectivamente ganaba el obrero, o sea el de 20 pesetas y no el que concertasen en la póliza de seguro el empresario y la entidad aseguradora, como ya declaró el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de febrero de 1936 , observándose que en el caso de autos el actor aceptó las temporalidades porque ascendían a más de las tres cuartas partes del salario de 20 pesetas diarias, independientemente de cualquier relación que puedan tener entre sí y cualquier diferencia surgida entre el empresario y la entidad aseguradora con relación al libro de pago de salarios preceptuado en el artículo 97 del Reglamento de Accidentes de Trabajo en la Industria y disposiciones complementarias posteriores RESULTANDO que notificada la relacionada sentencia, se preparó por la Compañía de Seguros Hermes ante la Magistratura de Trabajo sentenciadora recurso de casación por infracción de Ley; y elevadas las actuaciones a este Tribunal Supremo se ha formalizado por la expresada recurrente, representada por el Procurador D. Saturnino Pérez Martín el aludido recurso, fundado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 487 del Código de Trabajo y alegando los siguientes motivos Primero. Error de hecho en la apreciación de la prueba, por cuanto en la declaración de hechos probados se admite la existencia del libro de salarios, llevado por el patrono en cumplimiento del artículo 97 del Reglamento para aplicación de la ley de Accidentes de Trabajo en la Industria, y se reconoce asimismo que el jornal en el mismo señalado al obrero Regino Marzal es el de 17 pesetas diarias, y no obstante el carácter de autenticidad que a este libro da el artículo 4.° del Decreto de 12 de marzo de 1942, y a pesar de que ese jornal de 17 pesetas diarias es el que figura también en el parte de accidente suscrito por patrono y obrero y reconocido por ¡os mismos como auténtico en el acto del juicio, se llega a la conclusión de que el salario base para el cálculo de la indemnizado,! correspondiente al obrero Regino Marzal debe ser el de 20 pesetas diarias, fundándose

en que así lo reconocen los testigos que han depuesto en el juicio, pero prescindiendo del que resulta de los documentos auténticos antes citados y que demuestran el error de hecho del juzgador en lo que se refiere a la cuantía del jornal base de la indemnización; e igualmente por lo que respecta a la fecha de ocurrencia del accidente frente a la afirmación de la demanda, corroborada por los testigos propuestos por el actor sobre que el accidente tuvo lugar el día 24 de diciembre de 1942, está, por un lado, el parte de accidente suscrito por patrono y obrero, y que al ser reconocido por éstos en el acto del juicio adquiere carácter de autenticidad, y por otro, la certificación de baja firmada por el propio accidentado y por el médico Sr. Martín Lacuesta, en los que se declara que el accidente de Regino Marzal se produjo el día 31 de diciembre de 1942, sin que pueda desvirtuar la eficacia de esta certificación la expedida por el propio Sr. Martín Lacuesta en 8 de julio de 1943, que al estar en contradicción con la primera expedida, debe reputarse como falsa, en primer lugar, porque si arreglo al principio de Derecho Prior in tempore potior ín iure, debe darse preferencia, en cuanto a la validez de su contenido, a la primera de las certificaciones expedidas, y en segundo lugar, porque, ésta concuerda perfectamente con el parte de accidente suscrito por el patrono y obrero y autenticado por ellos, así como el hecho de que el productor no empezase a cobrar la indemnización por temporalidades hasta el día 2 de enero de 1945, como consta en los hechos probados de la sentencia, cosa que no hubiera ocurrido si efectivamente el siniestro se hubiera producido en 24 de diciembre de 1942; no pudiendo argüirse, en orden a la desestimación de la tacha de falsedad del certificado del Sr. Martín Lacuesta, de 8 de julio de 1943, alegado por la recurrente con el incumplimiento del artículo 514 de la ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que este artículo ordena que en caso de que por la parte que alegue la falsedad de un documento de decisiva influencia en el pleito, se entablare la acción criminal, el descubrimiento del delito no suspenderá el pleito hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal, es decir, que no hace más que afirmar la improcedencia de la suspensión de un juicio, solicitada a base de la falsedad de alguno de los documentos aportados al mismo mientras no conste acreditada la admisión de querella criminal, pero sin prejuzgar nada sobre la falsedad o no falsedad del documento impugnado como tal.

Segundo. Error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 4.° del Decreto de 12 de marzo de 1942 y de los artículos 1.225 y 1.248 del Código Civil , toda vez que no obstante de reconocer el Magistrado de instancia que en el libro de matrícula y en el de salarios aparece que el jornal devengado por el obrero Regino Marzal era el de 17 pesetas dianas, y a pesar de que en el parte de accidente suscrito por el patrono y el obrero y adverado por los mismos en el acto del juicio figura ese mismo sueldo y de que ha quedado demostrado que el actor empezase a percibir la indemnización por temporalidades a partir del 2 de enero de 1943 y a razón de 17 pesetas diarias, se prescinde en absoluto del valor probatorio y del carácter de autenticidad de los documentos referidos, con infracción de los preceptos citados, para tener únicamente en cuenta las declaraciones de los testigos presentados por el actor sobre la fecha de producirse el accidente y sobre la cuantía del jornal devengado por el actor, con olvido de que el artículo 1.248 del Código Civil respecto a la fuerza probatoria de los testigos.

Tercero. Infracción por aplicación indebida de los artículos 3.° y 12 de la ley de Accidentes de Trabajo en la industria y sus concordantes el 3.° y 13 del Reglamento para aplicación de la misma, ya que apareciendo de los documentos auténticos que obran en autos y de los que se ha hecho mención en los motivos anteriores, que el asegurado D. Melchor Gómez cesó en los trabajos amparados por la póliza que tenía suscrita con la recurrente en 24 de mayo de 1947 y que el accidente de Regino Marzal se produjo en 31 del mismo mes y año, era obligado concluir que este último, en la fecha del accidente, no trabajaba por cuenta ajena, sino por cuenta propia, y que, por consiguiente, no puede tener la consideración de obrero tal y como lo define la ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo en la Industria, ni serle de aplicación los beneficios reconocidos por dichos ordenamientos legales exclusivamente en favor de los obreros, y al no entenderlo así el Magistrado de instancia y declarar, por el contrario, la procedencia a favor de Regino Marzal de una renta del 25 por 100 del jornal de 20 pesetas diarias, de conformidad con lo ordenado en el artículo 13 del Reglamento de 31 de enero de 1933 , ha incurrido en la infracción de los preceptos legales en que se funda este tercer motivo RESULTANDO que instruida la parte demandante como recurrida,

se emitió dictamen por el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar improcedente el recurso, e instruido asimismo el excelentísimo señor Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, y se celebró la vista con asistencia e informe de los Letrados defensores de las partes Visto, siendo Ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Brey Guerra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO que en ninguno de los documentos privados en que el recurrente pretende encontrar justificación del error de hecho que imputa a la sentencia recurrida, concurre la circunstancia de autenticidad exigida en el número séptimo de! artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil. Consiguientemente, no puede concedérsele la trascendencia de obligar a quienes hayan de estimar su contenido en relación con cuantos otros elementos de juicio se hayan aportado al pleito, a reputar ciertos y probados las manifestaciones en aquéllos contenidas singularmente queda sobre ellas y los hechos a que se refieren versan los temas en litigio CONSIDERANDO que ante la unanimidad de la prueba de testigos presenciales del suceso de autos, de la declaración del propietario de la obra en donde el accidente ocurrió, del certificado expedido por el médico que en el primer momento asistió al accidentado, del hecho de que en el libro de pago de salarios (folio 68 vuelto), figura como último día de prestación de trabajo por el actor el 24 de diciembre de 1942, de la propia declaración de quien en el momento del suceso y en el de prestar declaración era el agente de la Empresa demandada, coincidentes todos en que el suceso causa del pleito ocurrió dicho día, la Magistratura, estimando en conjunto -como explica-el contenido de tantos elementos de justificación, formó el juicio que como probado declaró de que en efecto en tal día tuvo lugar el accidente, esa conclusión no puede estimarse desvirtuada de modo auténtico por ninguno de los documentos que el recurrente invoca en tal sentido, y menos cuando, como probado declara también la Magistratura, que si el primer parte de baja no se dio a la Compañía hasta el 31 de diciembre, fue debido a causa ajena a la verdad de lo ocurrido, declaración no impugnada en la forma que el rito de casación tiene predeterminado. Ha de observarse, además, que la certificación expedida por el médico Sr. Martín en 31 de diciembre de 1942 se refiere al día en que "por haber sido

designado al efecto por Hermes, reconoció al obrero Regino Marzal», y la que lleva fecha S de julio de 1943 da fe de que el día 24 de diciembre de 1942 "asistió a dicho obrero de un accidente que se produjo trabajando, dándose su baja el día 31, sin que, por tanto, del contraste de ambas puedan deducirse las consecuencias probatorias que el recurrente pretende CONSIDERANDO que ni el libro de salarios es documento auténtico a efectos del número séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, ni su contenido puede reputarse verdad cuando otros elementos de juicio demuestran que no responde a la realidad; pero en otro aspecto ha de observarse que la Magistratura cuidó de ponderar la discrepancia que como fruto del juicio que en conjunto le mereció la prueba practicada ante él, observó entre libro y realidad, y afirmó como hecho cierto que no obstante las anotaciones que en dicho libro figuran, la verdad probada es que el salario que en el momento del accidente» tenía asignado el obrero Regino Marzal era el de 20 pesetas y no el de 17 como en aquél se redactó; y como quiera que ningún documento o acto auténtico demuestran error de hecho en la estimación de aquel desacuerdo y consiguiente opción por la realidad, la apreciación judicial ha subsistir tanto más cuanto la avalora y complementa la declaración hecha constar en el cuarto Considerando de que el actor (¡aceptó las temporalidades porque ascendían a más de las tres cuartas parte del salario de 20 pesetas diarias» CONSIDERANDO que si a lo expuesto se añade que ningún precepto legal atribuye al libro de salarios valor excluyente de todo otro medio de prueba no puede aceptarse !a propuesta de casación por error de derecho en la estimación de aquélla. Si en los datos que en tales libros se consignan por quien los redacta hubiese discordancia con la realidad, tal cuestión no puede perjudicar al obrero cuando en juicio se comprueba la verdad del jornal efectivo CONSIDERANDO que el tercer motivo del recurso es inaceptable por ser consecuencia del supuesto que preside los dos primeros, los cuales, al ser desestimados, no pueden servir de fundamento a la consecuencia que de ellos se deduce para el tercero;

FALLO:

Fallamos desestimando por todos sus motivos el recurso de Casación por infracción de Ley promovido a nombre de la Compañía Anónima Españolas de Seguros

Hermes contra sentencia dictada en estos autos por la Magistratura número 2, de Valencia, de fecha 13 de enero de 1944, e imponemos a dicha entidad la obligación de abonar los honorarios del Letrado de la parte contraria en este recurso en la cuantía que en su caso se señale. Devuélvanse las actuaciones a la Magistratura con certificado de esta sentencia y carta orden.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado e insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

4-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ENERO DE 1978

ANTECEDENTES DE HECHO:

RESULTANDO: Que dicho actor, Rubén, formulo demanda ante la Magistratura de Trabajo nº 2 de Sevilla, contra la Sociedad demandada, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó por suplicar se dictara sentencia- por que se declare el abono al actor por la demandada de la cantidad de 1.158.780 ptas. por los conceptos que las reclamó.

RESULTANDO: Que admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada. Y recibido el juicio a prueba se practicaron Las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

RESULTANDO: Que con fecha 13 de Diciembre de 1.973, se dictó sentencia por dicha Magistratura, cuya parte dispositiva dice; "Fallo: Que desestimando las excepciones de incompetencia de jurisdicción, de defectuosa constitución de la relación jurídica procesal y de falta de legitimación pasiva, opuestas por la demandada SAFE y desestimando la demanda origen de estos Autos interpuesta por Rubén, debo de absolver y absuelvo de dicha demanda, a la demandada SAFE. Neumáticos Michelin,"

RESULTANDO: Que en la anterior sentencia se declara probado: Que, Rubén ingresó a prestar sus servicios por cuenta y orden de SAFE. Neumáticos Michelin en 1.961; que en 1 de Septiembre de 1.966 la Empresa le comunicó: que a partir de dicha fecha recibiría un salario anual de 22.008 Colones, abona por mensualidades iguales de 1.834 que corresponderían a su actividad local, cuyo salario dejaría de serle abonado y otro nuevo le sería atribuido, el día de su partida para otro destino, en la moneda del nuevo país; que durante sus vacaciones, ausencia de su misión, o estudios en Europa el salario que recibiría le sería indicado con tiempo suficiente; que en caso de cese de funciones, con excepción de despido con causa grave, el preaviso reciproco será el legal, sin que en ningún caso pueda ser inferior a 3 meses; que en el caso de que le sean concedidas mejoras locales, legales o reglamentarias, no podrá acumularse a las de La legislación española; que los gastos de viaje de vuelta a España le serian abonados en las mismas condiciones que a la ida, a condición de que se efectúa dentro de un plazo, máximo de seis meses, a partir del día de su cese en funciones; que durante su estancia en El Salvador continuaría afiliado a la Mutualidad Laboral de Químicas, efectuándose por dicha Empresa las cotizaciones necesarias, bien entendido que tendría que reembolsar la parte de dicha cotización que le corresponda; que además de cuanto antecede tendría al final del año una Gratificación, por trabajos y resultados muy buenos, que podría alcanzar la suma de 8.000 colones por un año completo; que el 24-10-66, el demandante leyó y aprobó dichas comunicaciones; que ha permanecido en Centro-América hasta el 10 de Septiembre de 1.971 un que, nuevamente, pasó a prestar sus servicios en España; que durante el tierno de su permanencia en Centro-América recibía órdenes é instrucciones, tanto dé la demandada, como de Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin y de otras personas, fechadas en Clermont Ferrand, (Francia) en varias de las cuales se le señalaban las remuneraciones para cada año y concretamente, para 1.971 s le eleva el salario mensual de 854 dólares, y que las primas anuales, para resultados muy buenos y una muy buena calidad de trabajo, podrían alcanzar a 4.650 dólares de los cuales recibió, hasta el 8 de Septiembre 1.971,7,503 dólares por sueldo y 1.826 dólares por primas y desde el 10 Septiembre de 1.971, hasta su cese voluntario en la Empresa, en 31 Julio 1.973 y por la prestación de servicios e.

España ha percibido 699.688 pesetas y 68.255 pesetas por 11 días de salario de Agosto de 1.973, partes proporcionales de Gratificaciones y Vacaciones y primas; que también percibió en 1972, 35.000 pesetas para ayuda de alquiler y en 1973, por igual concepto, 30.000 pesetas; que durante el tiempo permaneció en América, cuando venía a España de vacaciones o de estudio, le fijaban un salario para dicho periodo y le abonaban los gastos de viaje, pero no cobraba los salarios correspondientes a dichos días que tenía señalados en América, donde eran de su cuenta los impuestos del Estado y la vivienda; que en 1972 y -1973, le subieron los salarios que tenía señalados a efectos de la Seguridad Social, si bien no le reconocieron derecho a las diferencias entre estos salarios y lo que percibía en América en 1 de Noviembre de 1971 le fue fijado, como Jefe de 13 Administrativo un salario bruto anual de 230.006 pesetas y una prima anual bruta de 110.000 pesetas que continuaron en 1 Enero 1.572, hasta 1º de Julio que le fue elevado el salario anual a 238.826 pesetas y en 12 de Enero de 1973 a 270.998 pesetas y la anual bruta a 130.000 pesetas."

RESULTANDO: Que contra la anterior sentencia se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por la parte demandante y admitido que fue y recibidas las actuaciones en es la su Letrado le formalizó basándolo en los siguientes motivos casación: 1º .al amparo del número 13 del art. 167 del Texto refundido del Procedimiento La Laboral (Texto Articulado II de la Ley de Bases de la Seguridad Social) aprobado por Decreto de 21 de Abril 1.966; 2º al amparo del número 5° del artículo 167 del Texto Refundido del Procedimiento Laboral aprobado por Decreto de 21 de Abril 1.966; y 3º al amparo del número 1º del art. 1.167 del mencionado Texto legal .

RESULTANDO: Que evacuado el traslado de instrucción por la parte recurrida y dictaminada la procedencia del recurso por el Ministerio Fiscal, se celebró la vista el día 11 Enero del corriente año, en cuyo acto informaron los Letrados de las partes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

VISTO siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo de los que se articula en el recurso se ampara procesalmente en el nº 5 del art. 167 del Texto Regulador del Procedimiento Laboral , afirmando que la Magistratura de instancia ha incidido en error de hecho al valorar la prueba practicada en el procedimiento, lo que aconseja, aunque aparece formulado "ad cautelam", y solo para el supuesto de que no tenga favorable acogida el primero, tratarlo, en primer término, con objeto de puede definitivamente fijada la relación fáctica que ha de servir de punto de partida para la decisión de loa otros temas de discusión que el recurso plantea; y el motivo no puede tener éxito., en primer lugar porque no se: concreta, la redacción que, a juicio del recurrente, a oírse al Resultando de hechos probados, o al Considerando tercero, de los de la sentencia recurrida y en segundo término porque lo que en realidad combate el recurrente en este motivo de su recurso son cuestiones, de derecho., por lo que afirma que la conducta del Juzgador de instancia supone, una flagrante violación de los principios de "respeto a la condición o cláusula más beneficiosa" y de "irrenunciabilidad de derechos y beneficios por el trabajador", lo que no es propio de un motivo de recurrir que se ampara en el nº 5 del art. 167 del Texto Procesal Laboral , debiendo serlo, en su caso, por el cauce que brinda el nº 1° del mismo artículo. Pero si, prescindiendo de lo apuntado, limitamos el motivo a lo que parece materia fáctica, consistente en la pretensión de que del Considerando tercero de los de la sentencia se supriman las manifestaciones que dicen: "se aprecia, asimismo, de la abundantísima prueba documental aportada, que las remuneraciones señaladas al actor durante el tiempo, de su permanencia en Centro América están evidentemente ligadas a dicha circunstancia que entraña, consigo, el alejamiento de su patria y de su familia, el distinto y superior coste de la vida, el pan en otras monedas distintas de la pesetas y otras varias circunstancias que evidentemente condicionan tales retribuciones al hecho de la permanencia en el Continente Americano para la prestación de sus servicios a la demandada", el motivo igualmente ha de ser desestimado, tanto porque esas afirmaciones son consecuencia de la apreciación en conjunto de la - "abundantísima prueba documental aportada", en virtud de las atribuciones que tiene conferidas la Magistratura "a quo" por' el párrafo segundo del art. 89 de la Ley Procesal Laboral, como porque el documento que para ello se cita por el recurrente (la carta de 1

de Septiembre de 1.966, obrante al folio 36 denlos autos), no afirma clara y concretamente, sin deducciones, por lógicas que puedan parecer, que tales manifestaciones resultan inexactas, como seria indispensable supuesta la eficacia probatoria del documento para que pudieran rectificarse afirmaciones, "de facto" sentadas como ciertas por la Magistratura de instancia.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero de los del recurso, con amparo procesal en el nº 12 del art. 167 del Texto Regulador del Procedimiento Laboral, acusa la infracción, por violación, de lo dispuesto en los arts. 1.281, párrafo primero, del Código civil , que hace referencia a la interpretación de los contratos; 9.2º, 10 y 36 de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre normas, reguladoras del pacto, nulidad parcial del contrato y renuncia de derechos por parte del trabajador; 11 y 13 el Convenio Colectivo para la Industria del Caucho, aprobado por Resolución de 26 de Diciembre de 1.972, sobre respeto a lo pactado y a las situaciones personales que mejoren las condiciones del pacto y los principios de derecho "in dubio pro operario", respecto a la cláusula o condición más beneficiosa e irrenunciabilidad por parte del trabajador de los derechos y beneficios establecidos a su favor, además de la jurisprudencia de las Salas primera y sexta de este Alto Tribunal que estima convenir a su tesis, pero la simple enumeración de las disposiciones legales supuestamente infringidas y de la doctrina jurisprudencial en que pretende apoyarse, demuestra claramente que se vulnera lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que exige que cuando sean dos o más los fundamentos o motivos del recurso se expresen en párrafos separados y numerados, lo que no se hace en el presente caso y aunque el carácter tuitivo de esta Jurisdicción haya atenuado el ritualismo propio del recurso de casación, no puede llegarse a extremos de amplitud tal en la formulación de sus motivos como el que se contempla, en el que se tratan cuestiones diferentes, incluso contradictorias entre si, como nulidad e interpretación del mismo contrato, con olvido de la norma objetiva citada, de obligada observancia e incluso de la jurisprudencia de esta Sala, que tras declarar que se trata de un recurso extraordinario y rigorista, de que las formalidades exigidas para interponerlo han de ser cumplidas, bajo, sanción de no ser tenidos en cuenta, ni resueltos en cuanto al fondo, el motivo, o motivos que los incumplen, como

puede verse en sentencias, entre otras muchas, de 30 de enero de 1.969 y 19 de Febrero de 1.976 .

CONSIDERANDO: Que el contrato individual de trabajo, como manifestación de la autonomía privada de los contratantes, lo mismo que los demás contratos, será, en definitiva, lo que se deduzca de su interpretación, de ahí que el Código Civil estatuya reglas de interpretación, de carácter vinculante, imponiendo criterios de política jurídica, decidiendo imperativamente casos de duda y ordenando como se ha de completar lo establecido en la norma negocial cuando resulte incompleta y una de estas reglas es la contenida en el párrafo primero del art. 1.281 que por el recurrente se cita como infringido por violación, o no aplicación. Dispone este precepto que "si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas", lo que impide, en estos supuestos, acudir a conjeturas y suposiciones, a ampliar sus términos de manera convencional e intención, porque la norma usual de vida es la de que los términos claros de un contrató se corresponden con lo querido por los contratantes; en este sentido la Magistratura de instancia, soberana en materia de interpretación de los contratos, hasta el extremo de que su criterio solo puede revocarse cuando se demuestre que ha incurrido en evidente error, ha resuelto que las retribuciones económicas pactadas en la carta de 1 de Septiembre de 1.966 son aplicables únicamente mientras el recurrente, al servicio de la empresa demandada, se encuentre desempeñando el destino que entonces tenía, por lo que expresa y literalmente se pacta que: "este salario dejará de serle abonado y otro nuevo le será atribuido el día de su partida para otro destino, en la moneda del nuevo país" y para que los términos sean claros, se añade: "Vacaciones y ausencias. Durante sus vacaciones, ausencias de su misión o estudios en Europa, el salario que Vd. recibirá le será indicado con tiempo suficiente"; pretender, careo se hace por el recurrente en la demanda inicial del procedimiento y a través del recurso, que los servicios prestados en España le sean retribuidos conforme a los términos de la citada carta, que expresar mente los excluye, es contrario a lo que dispone el párrafo primero del art. 1.281 del Código Civil , que no ha resultado infringido por la Magistratura de instancia, sino

correctamente interpretado y aplicado, por lo que no puede darse lugar a este particular del primero de los motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el art. 9.22 de la ley de Contrato de Trabajo consagra el principio de autonomía de voluntad de los contratantes, aunque limitada, o restringida, porque son las normas establecidas por el Derecho objetivo las fuentes básicas y fundamentales del contrato, considerándose las mismas de aplicación estricta, sin posibilidad de renuncia, ni aun por los mismos beneficiados por sus preceptos, por eso la Ley dice que el contrato de trabajo se regulará: "Por la voluntad de las partes, siendo su objeto lícito., y sin que en ningún caso puedan establecerse, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas legales antes expresadas", conservando el contrato individual ge trabajo como marco jurídico de toda relación laboral, si bien el contenido económico del pacto viene predeterminado, en dan parte por el legislador, en cuanto establece condiciones mínimas que no pueden ser desconocidas en beneficio del trabajador, pero cuando, se estipulan condiciones más beneficiosas prevalece el acuerdo individual sobre el mandato legal; en virtud de la aplicación de este precepto la Magistratura de instancia estima que las relaciones del recurrente con la empresa demandada se rigen por la carta de 1 de Septiembre de. 1.966, dando eficacia a la libertad de estipulación, que tiene objeto lícito y no se demuestra sea contraria a normas legales, pues el mismo recurrente quiere que se aplique, aunque dándole interpretación distinta, sustituyendo, en este punto, el criterio objetivo y racional de la Magistratura de instancia por el suyo propio e interesado, pero al criterio que debe presidir interpretación de los contratos no hace referencia el precepto legal que venimos examinando, que se limita a señalar el orden jerárquico de las normas reguladoras de la relación laboral, y el Tribunal "a quó" al situar el contrato individual en primer término ha aplicado rectamente el precepto, puesto que por el recurrente no se demuestra que sea contrario a normas legales de obligada observancia.

CONSIDERANDO: Que él contrato de trabajo, lo mismo que los demás pactos, puede adolecer de vicio que lo invalide, tanto en su integridad, como en alguna de sus

partes b estipulaciones; a la nulidad parcial del pacto se refiere el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo, de acuerdo con el cual la cláusula o parte nula de Un negocio jurídico no comunica su Ineficacia a la totalidad del mismo, sino que, por ministerio de la Ley, aquella será integrada con la normativa imperativa aplicable al supuesto, produciéndose la efectividad del acto pese a su vicio inicial de nulidad parcial. El referido art. 10 que cita como infringido por el recurrente en el primero de los motivos de su recurso, por el concepto de violación, pero constando el precepto de dos párrafos, el primero de los cuales comprende la declaración de nulidad parcial, la declaración de validez de lo restante y la declaración expresa de las condiciones que deben sustituir a la parte nula por venir impuestas por normas de derecho necesario, haciendo referencia el segundo a beneficios o retribuciones asignados al trabajador n virtud de obligaciones establecidas en la parte nula del contrato, el recurrente no concreta si acusa la infracción de lo dispuesto en el primero, o en el segundo, de sus párrafos, con infracción de lo dispuesto en el art. 1.720 de la supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil que impone la cita "con claridad y precisión" de la Ley o doctrina legal que se crea infringida, defecto procesal insubsanable que impide el tratamiento de fondo del tema de discusión que el motivo plantea; pero si haciendo caso omiso de este defecto procesal nos adentramos en el estudio del motivo el resultado ha de ser igualmente el de declarar la improcedencia del motivo, pues la aplicación del párrafo primero del art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo , precedente inexcusable para entrar en el estudio del segundo exige: a),se precisa la noción de nulidad parcial o de parte, cláusula o estipulación, del contrato de trabajo, partiendo de la categoría de "nulidad contractual", dentro de la teoría de la ineficacia del contrato de trabajo. La nulidad parcial es, ante todo, una singular manifestación de la nulidad contractual; la presencia de un vicio determinante de la nulidad es, por tanto, el primer elemento del concepto de la nulidad parcial del contrato; b), el segundo de los elementos constitutivos de la nulidad parcial está constituido por la incidencia de la nulidad en una, o varias, de las partes o estipulaciones del contrato; y c), finalmente, aunque no es elemento constituyente del concepto de la nulidad parcial, entra la sustitución de las cláusulas nulas por preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad; y en el caso presente no se señala por el recurrente la existencia de vicio

que pueda invalidar el pacto, ni resulta de la resultancia histórica de la sentencia recurrida; ni se dice la parte del contrato sobre la que el vicio incide, determinando su nulidad por lo que no es aplicable, ni ha sido infringido por su no aplicación, el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo, pese a las alegaciones del recurrente, y es que este no postula la nulidad de la carta de 1 de Septiembre de 1.966, en la que basa su reclamación, sino la conservación y validez de la misma y su vigencia después de haberse extinguido su ámbito temporal de aplicación, pues lo que reclama en la litis es cantidad metálica, por concepto de diferencias salariales, "concretada a la diferencia entre lo percibido realmente desde su nuevo traslado a España en 10 de Septiembre de 1.971 hasta que cesó en 31 de Julio de 1.973 y lo que le hubiese correspondido en ese periodo conforme al último sueldo percibido en América en 1.971, pero esto no puede conseguirse aplicando el art. 10 de la Ley de Contrato de Trabajo , por lo que no ha sido infringido por su inaplicación.

CONSIDERANDO: que la carta de 1 de septiembre de 1.966, se limita a señalar las retribuciones que el recurrente había de percibir durante la prestación de sus servicios a la demandada en el país en que entonces los prestaba, y a anunciar que seriar otras las retribuciones en cuantía que no concreta- si era trasladado a otro país, o si, por vacaciones, o razón de estudios, regresaba a Europa, sin contener, ni directa, ni indirectamente siquiera, renuncia alguna de derechos o beneficios por parte del trabajador, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo , ni ha sido infringido en el concepto en que se acusa en el primero de los motivos del recurso, pues, como acertadamente se pone de relieve por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informo si "no se infringe lo dispuesto en las Reglamentaciones de Trabajo como queda evidenciado, ni siquiera los usos y costumbres y no se contiene renuncia anticipada de perjuicios;- futuros por incumplimiento contractual" es evidente que no se ha cometido la infracción denunciada. Ello aparte de qué él art. 36 que venimos examinando, tal como se encuentra redactado, no invalida toda clase de renuncias, sino solo, en el sentido del recurso, las que el trabajador haga de "cualesquiera otros beneficios establecidos con la Ley", por lo que el ámbito Objetivo de aplicación del precepto viene condicionado por

la exacta interpretación de los concites de "beneficio" y de "Ley" que el precepto emplea para limitar la irrenunciabilidad de derecho por parte del trabajador. Por beneficio ha de entenderse una ventaja jurídica consistente en una concesión (mayor salario) o en una exención; otorgada por una norma legal o reglamentaria pues las concesiones de una parte de la relación jurídica se presume que no son totalmente desinteresadas; a favor de una persona por su especial situación jurídica, que es la que origina el otorgamiento del derecho y concedido para compensar el elemento negativo de la situación. El otro concepto delimitador del ámbito material de la prohibición de renunciar es el de Ley: "beneficios establecidos por la Ley", es decir, que los derechos beneficiosos protegidos por la irrenunciabilidad son solo los que emanan de hormas legales y reglamentarias, sin que alcance a los que, en su caso, tendrían su origen en el acuerdo de voluntades. En la carta de 1 de Septiembre de 1.966 se pactan unas condiciones de trabajo, dentro de la esfera privativa de libertad que las leyes del trabajo conceden a la autonomía individual, para regir mientras se prestó el servicio al que se refieren, sin que se pacte, ni se aluda siguiera, sobre derechos concedidos por norma legal por lo que las estimulaciones pactadas no resultan afectadas por la irrenunciabilidad que regula el art. 36 de la ley de Contrato de Trabajo , que no ha sido infringido por violación, como se pretende por el recurrente

CONSIDERANDO: Que los arts. 11 y 13 del Convenio Colectivo Sindical de Trabajo, de ámbito interprovincial, para la Industria del Caucho aprobado por Resolución de 26 de Diciembre de 1.972, en el orden económico obligan a respetar lo pactado, y las actuaciones personales que mejoren el pacto, lo que se hice por la Magistratura de instancia en la sentencia recurrida, que ajusta su decisión a lo estipulado en la carta de 1 de Septiembre de 1.966 -pacto acordado por los ahora litigantes- y terminada la vigencia temporal de dicha carta, por pasar el recurrente a prestar sus servicios en España, las retribuciones percibidas han sido superiores a las legalmente procedentes, como se afirma por la Magistratura de instancia con valor fáctico, en el último de los Considerandos de la sentencia recurrida, sin que el recurrente haya formulado reclamación alguna, por insuficiencia en sus percepciones salariales, hasta

después de su cese voluntario al servicio de la empresa el 31 de Julio de 1.973, lo que evidencia que no se ha cometido la infracción por violación que el recurrente denuncia.

CONSIDERANDO: Que el principio "in dubio pro operario", como su propio enunciado expresa, solo puede ser aplicado en caso de duda; que solo puede alegarse y aplicarse cuando es deficiente el ordenamiento jurídico escrito o consuetudinario sentencia de esta Sala de 29 de Septiembre de 1.969, solo es, aplicable en los casos dudosos, pero no significa que cuando no exista una deba resolverse en favor del trabajador (sentencia de 6 de Abril de 1.968) lo que significa que no es aplicable cuando, como en el caso presenté, se ha llegado a la solución final de la litis como consecuencia de la interpretación literal, clara y concreta, de la carta de 1 de Septiembre)de 1.966, por lo que la Magistratura de instancia, al no hacer aplicación de este principio de derecho, en el sentido pretendido por el recurrente, no ha incidido en la infracción legal que en el primero de los motivos del recurso se denuncia.

CONSIDERANDO: Que el principio de condición más beneficiosa supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida que ha de ser respetada al promulgarse una nueva regulación del trabajo al que la misma se refiere; suele reclamarse diciendo que por ser mininas las condiciones que reglamentan la función laboral, se respetarán las superiores que vinieren rigiendo, cuando, examinadas en su conjunto, sean favorables o beneficiosas para el trabajador; la aplicación práctica del principio supone las consecuencias siguientes: a), pues cuando se dicte una Reglamentación o disposición de carácter general, aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, estas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas; y b), que la nueva Reglamentación habrá de respetar como situaciones concretas reconocidas en favor del trabajador o trabajadores interesados, aquellas condiciones que resulten más beneficiosas para estos que las establecidas para la materia o materias de que se trate por la nueva Reglamentación; su aplicación exige la fijación de condiciones de trabajo más beneficiosas y el respeto a las mismas, que solo puede llevarse a cabo por norma legal. La Sala Cuarta de este Alto Tribunal, en su sentencia de 15 de Marzo de 1.971, dice: "que es principio básico en Derecho Laboral como tuitivo de los

trabajadores que cualesquiera condiciones más beneficiosas que las estrictamente exigibles según las normativas aplicables, que las Empresas otorguen normativamente o reconozcan de hecho; se incorporen al nexo de trabajo y han de ser por las mismas respetadas como derecho adquirido en tanto subsista la relación contractual"; y esta Sala, en sentencia de 25 de Febrero de 1.971, "que las condiciones de trabajo fijadas en disposiciones legales, así como las más beneficiosas disfrutadas por los trabajadores, pueden ser completadas y mejoradas en los Convenios Colectivos Sindicales", de donde se infiere que la aplicación de este principio requiere la Continuidad del trabajador en el servicio y nueva regulación del mismo, a la que se impone el respeto de las condiciones anteriores más favorables, lo que no ocurre en al presente caso, pues la carta de 1 de Septiembre de 1.966 fija la retribución del trabajador para mientras siga desempeñando el mismo trabajo, y pacta expresamente que será otra cuando el cambio se produzca, por lo que no reconoce la existencia de condiciones más favorables, ni las concede para lo sucesivo, por lo que la sentencia recurrida no infringe este principio por su no aplicación.

CONSIDERANDO: Que el recurrente además de alegar la infracción por violación de lo dispuesto en el art. 36 de la Ley de Contrato de Trabajo , o que también lo, ha sido, en el mismo concepto, el principio de irrenunciabilidad de los derechos y beneficios establecidos en favor del trabajador, principio, como se ve, contrarió al general dominante en el terreno jurídico que es el de la eficacia de la renuncia voluntaria de los derechos, consagrado en el art. 6.2 del Código Civil cuando dice que: "el titular de un derecho, puede, por su sola voluntad, renunciarlo, siempre que su renuncia no sea contraria al interés o al orden público, o vaya en perjuicio, de terceros"; pero en el orden laboral el problema se resuelve en sentido contrario: los derechos en materia laboral son irrenunciables, como dispone el art. 36 de la Ley sustantiva laboral anteriormente estudiado, pero, como ya se ha dicho, en la carta de 1 de Septiembre de 1.966 no se contiene renuncia alguna, ni expresa ni tácita, por parte del trabajador, y no se trata, ni se alega siquiera, de derechos reconocidos por disposición legal a favor del trabajador recurrente, por lo que el principio no resulta infringido.

CONSIDERANDO: Que el tercero de los motivos del recurso que se ampara igualmente en el nº 1º del art 167 del Texto regulador del Procedimiento Laboral , acusa la infracción por violación de lo dispuesto en los arts. 9.2º, 10 y 36 de la Ley del Contrato de Trabajo , y 11 y 13 del Convenio Colectivo para la Industria del Caucho , aprobado por Resolución de 26 de Diciembre de 1.972, razonando su tesis con invocación asimismo como infringidos, por violación, de los principios del Derecho Laboral que imponen la obligatoriedad de la cláusula o condición más beneficiosa y la irrenunciabilidad de beneficios, así como la doctrina jurisprudencial derivada de las sentencias que cita; es decir, re mentes jurídicos del primero de los motivos de su recurso incluso en la cita de sentencias de esta Sala, por lo que su desestimación se impone por los fundamentos expuestos en los anteriores Considerandos de esta sentencia. Considerado el motivo en la posición nueve que el recurrente adopta, de aceptar las afirmaciones "de facto" del Considerando tercero de los de la sentencia recurrida, que ligan la retribución pactada en la carta de 1 de Septiembre de 1.966 a la circunstancia de prestar servicios en América, el motivo ha de ser igualmente desestimado, en primer término por falta de respeto a los hechos que la sentencia recurrida declara probados, sin que en este extremo los haya combatido por cauce procesal adecuado para ello, como es preceptivo en esta clase de recursos, pues basar sus argumentos defensivos parte de la afirmación de que "la Empresa decidió trasladarlo nuevamente a España", añadiendo "que la Empresa, en su sola voluntad de organizar el trabajo, asigne al productor distintos destinos", cuando, como acertadamente pone de relieve el Ministerio Fiscal, "la declaración de hechos probados nada dice acerca de las causas determinantes del traslado, si fue por decisión unilateral de la empresa patronal, por convenio mutuo entre las partes, por cesación de la misión o por falta de rendimiento económico de la misma", y en segundo lugar porque el recurrente olvida que la carta de 1 de Septiembre de I.966, aceptada por el recurrente, que basa en la misma sus pretensiones dinerarias, dice, expresamente que las retribuciones en ella estipuladas se pagarán únicamente mientras el recurrente, por cuenta de la demandada, trabaje en el país en que entonces lo hacía, pero que no se percibirán cuando se traslade a otro, o a Europa, aunque sea por razón de vacaciones, lo que obliga a la desestimación

del motivo y a la del recurso, de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

FALLO:

FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos, el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto a nombre de Don Rubén contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número dos de las de Sevilla, el día trece de Diciembre de mil novecientos setenta y tres, en procedimiento instado por el recurrente contra la Empresa SAFE. Neumáticos Michelin, sobre reclamación de cantidad, por concepto de diferencias salariales.

Devuélvanse las actuaciones de instancia a la Magistratura de procedencia con certificación de esta sentencia y carta-orden.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, e insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, estando celebrando audiencia pública en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el día de la fecha, de lo que como Secretario certifico.

5-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MARZO DE 1978

ANTECEDENTES DE HECHO:

RESULTANDO: Que en los autos sobre propuesta de despido, seguidos ante la Magistratura de Trabajo n º 13 de las de Madrid a instancia de la Sociedad Anónima VERS contra don Salvador y otros, se dictó sentencia por la mencionada Magistratura, con fecha 22 de noviembre de 1976, en la que se declaran Hechos Probados Primero;- Que los demandados han venido prestando sus servicios a la empresa demandante, que encuadra sus actividades en el ramo del Metal, con la antigüedad, categoría profesional

y salario mensual siguiente: Don Luis María, desde el 7-II-66, Oficial 3ª y 15.134 ptas. Don Salvador, desde el 5- XII-70, Especialista y 14.849 ptas. don Bruno, desde el 28-VII-58, Oficial 1ª y 18.078 ptas. don Gerardo, desde el 7-VIII-70, Oficial 3ª y 14.600 ptas. don Octavio, desde el 31-VIII-53, Oficial 1ª y 18.638 ptas. don José Pablo, desde el 7-III-73, Especialista y 14.320 ptas. don Pedro Miguel, desde el 22-VI-73, Especialista y 14.320 ptas. don Cornelio, desde el 9-XII-68, Oficial 2ª y 15.947 ptas. don Ignacio, desde el 20-X-70, Especialista y 14.849 ptas. don Rodolfo, desde el 12-II-62, Oficial 1ª y 17.519 ptas. don Luis Carlos, desde el 12-V-62, Oficial 2ª y 15.947 ptas. don Alejandro, desde el 30-XI-64, Oficial 2ª y 16.495 ptas. don Evaristo, desde el 19-XI-64, Oficial 3ª y 15.668 ptas. don Manuel, desde el 9-II-59, Oficial 1ª y 17.519 ptas. don José Augusto, desde el 26-XI-65, chófer y 17.515 ptas. don Juan Pedro, desde el 10-IV-65, Oficial 2ª y 16.495 ptas. don Constantino, desde el 27-VI-66, Oficial 1ª y 17.519 ptas. don Leonardo, desde el 14-XII-42, Jefe de Equipo y 23.708 ptas. don Carlos María, desde el 3-IX-73, Especialista y 14.320 ptas. don Miguel Ángel, desde el 21-I-74, Especialista y 14.320 ptas. don Enrique desde el 11-II-44, Oficial 1ª y 19.757 ptas. don Lázaro, desde el 14-IV- 59, Oficial 1ª y 17.519 ptas. don José Ignacio, desde el 9-IV-73.; peón y 13.800 ptas. don Juan Francisco desde el 5-XII-73. especialista y 14.320 ptas. don Darío, desde el 24-II-48, Oficial 1ª y 18.638 ptas. y don Juan, desde el 9-VII- 69, Oficial 3ª y 15.134 ptas. Segundo.- Que todos ellos ostentan la condición de Encale Sindical y Vocal Jurado de Empresa, de la demandante: Tercero.- Que los trabajadores Sres. Alejandro, Leonardo y Enrique, son mayores de 45 años de edad: Cuarto.- Que con fecha 21 de mayo pasado la empresa procedió a instruirles expediente, que terminó con propuesta de sanción de despido, de fecha 23 de junio inmediato siguiente, imputándoles su participación activa, a partir del día 26 de abril último, en una hora de paro total durante la diaria jornada de trabajo, hasta el día 10 de mayo con reuniones y asambleas en el patio de la Factoría de aquella, sita en Villaverde de Abajo, no autorizadas por la empresa, así como mantenerse en actitud de paro total durante toda la jornada laboral, a partir del indicado día 11 de mayo y hasta el día 22 del mismo mes en que se produjo el cierre de dicha Factoría previa autorización de la Delegación Provincial de Trabajo, e igualmente haberse negado, desde el indicado día 26 de abril, a

trabajar a incentivo, procediendo a devolver las fichas o abonos de trabajo que les había sido entregados de acuerdo con el régimen de incentivos que viene aplicando la empresa desde hace varios años, manteniendo a partir de entonces un ritmo de trabajo lento y rendimiento prácticamente nulo, como también haber ofendido y abucheado a directivos y mandos de la empleadora, y no permitir algunos de los demandados, concretamente los Sres. Cornelio, Juan, Miguel Ángel, Gerardo y Carlos María, la entrega de pedidos qué, aún sin determinar, eran exigidos por algunos clientes. Quinto.- Que el 23 de febrero del corriente, después de 55 días de huelga ininterrumpida y de haber cancelado la empresa las sanciones por dicho hecho, se reanudo la actividad laboral, hasta, que el 23 de abril posterior se planteó por una comisión de trabajadores a aquella, como reivindicación laboral, un aumento lineal de retribuciones de 5.000 ptas. mensuales no absolvibles, el pago del salario íntegro en caso de enfermedad, Impuesto sobre el rendimiento del trabajo personal a cargo de la empresa, quinientas pesetas mensuales por hijo en edad escolar, y revisión del sistema de incentivo: Sexto.- Que la vigencia del Convenio Colectivo Sindical del Metal de Madrid, finalizaba el 30 de junio, y la empresa ofreció mejorarlas retribuciones a razón de 2.000 ptas. al mes con carácter lineal durante los meses de abril a junio, lo que fue rechazado por los productores: Séptimo.- Que desde el 26 de abril pasado los demandados, junto con la mayoría de los trabajadores de la empresa, procedieron a devolver las hojas de control del sistema de incentivos que venían rigiendo en aquella hacía varios años, y se negaron a trabajar a prima, tanto individual como colectivamente, según los distintos sistemas establecidos en los diferentes talleres, disminuyendo su rendimiento de forma que de 4.676, 10 kg., fundidos en 1 de abril de 1976, se pasó, con disminución progresiva, a 420'50 kg. en 20 de mayo siguiente: Octavo.- Que a partir del repetido día 26 de abril último, y hasta el 10 de mayo, los demandados llevaron a cabo colectivamente paros diarios de 1 hora de duración, dentro de su jornada laboral, con intervención activa por parte de ellos y celebración de asambleas y reuniones en el patio de la factoría, siendo a partir de entonces cuando el paro lo extendieron los demandados a la totalidad de su jornada de trabajo, situación en la persistieron hasta que el 22 de mayo siguiente, la empresa, ante el grave perjuicio que le ocasionaba tal actitud, procedió al cierre de la factoría, previa

autorización de la Delegación Provincial de Trabajo: Noveno.- Que por Auto de fecha 14 de julio de 1976, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Madrid , se ha tenido por solicitada la declaración del estado legal de suspensión de pagos, instada por la empleadora: Décimo.- Que, con anterioridad, el día 4 del mes de mayo pasado, los representantes sindicales demandados iniciaron un expediente de Conflicto Colectivo en apoyo de sus reivindicaciones, que fue resuelto por la Autoridad Laboral en 20 de mayo siguiente, declarando la improcedencia del mismo: Once.- Que los demandados don José Pablo, don José Ignacio y don Ignacio suscribieron recibo de saldo y finiquito con la empresa, liquidando sus relaciones laborales, los días 19 de julio, y 8 y 2 de noviembre último respectivamente.

RESULTANDO: Que la expresada sentencia contiene el siguiente Fallo: Que debo declarar y declaro procedentes y sin derecho a indemnización, los despidos de los trabajadores don Luis María, don Salvador, don Bruno, don Gerardo, don Octavio, don Pedro Miguel, don Cornelio, don Rodolfo, don Luis Carlos, don Alejandro, don Evaristo, don Manuel, don Jose Augusto, don Juan Pedro, don Constantino, don Leonardo, don Carlos María, don Miguel Ángel, don Enrique, don Lázaro, don Juan Francisco, don Darío, don Juan; propuestos con fecha 23 de junio último por la empresa S.A. VERS declarando asimismo, en cuanto a los también productores don Jose Pablo, don Jose Ignacio y don Ignacio, que rescindieron voluntariamente su contrato de trabajo con dicha empresa los días 19 de julio, y 8 y 2 de noviembre pasado, respectivamente.

RESULTANDO: Que preparado por los actores contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de ley, y personadas las partes oportunamente ante esta Sala, el Abogado don Eduardo del Campo Zapata, en representación y defensa de los recurrentes, presentó escrito el veintidós de noviembre: último en el que interesaba se aplicara a este asunto la Ley 26/1977 de 15 de octubre, de amnistía, por entender que los hechos objeto de enjuiciamiento se inscriben en su totalidad a lo especificado en los artículos 5 y 8 de dicha Ley por ello terminó con la súplica de que se declarara el derecho de los recurrentes a integrarse en el puesto de trabajo, tras dejarle sin valor ni efecto los despidos producidos, con la antigüedad que tenían, declarándose asimismo a cargo del Estado las cotizaciones de la Seguridad Social y del Mutualismo Laboral

desde las fecha de los despidos, y condenando a la empresa a estay y pasar por dicha declaración y a reintegrar a los recurrentes en sus respectivos puestos de trabajo, con abono de los salarios de tramitación.

RESULTANDO: Que la Sala por Auto de 22 de diciembre d& 1977, y con paralización del recurso de casación interpuesto admitió a trámite la demanda incidental propuesta, y ordenó que se confiriera traslado sucesivamente a la empresa que fue actora en la instancia, a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal para que sucesivamente y en el plazo de seis días pudieran contestar aquella.

RESULTANDO: Que al evacuar dicho traslado la Sociedad Anónima VERS solicitó que se denegara la solicitud de amnistía planteada y que se ordenara la tramitación del recurso; el Sr. Abogado del Estado expuso que, habida cuenta de que los interesasen litigio en el caso de autos afectan a personas privadas, nada tenía que alegar en el incidente promovido; y el Ministerio Fiscal consideró procedente declarar amnistiados los hechos integrantes de la situación de huelga motivadora de los despidos.

RESULTANDO: Que m habiendo solicitado por ninguna de las partes la celebración de vista en la cuestión incidental, se señaló para la votación y fallo de la misma el día catorce de los corrientes.

SIENDO PONENTE el Magistrado Excmo. Sr. Don Julián González Encabo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO: Que con la finalidad de olvido, inspiradora de la Ley 46/1977 de 15 de octubre , se hallan recogidas en su artículo 5 determinadas conductas susceptibles de ser amnistiadas, cuales son "...las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad...", que en él pasado fueron sancionados, cual ocurrió en nuestro ordenamiento con la mera participación en la huelga durante la vigencia del Decreto-Ley 5/1975 de 22 de mayo, si bien dicha mera participación fuese reconocida como derecho en el n º 1 del art. 6 del Real Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, y regulado en sus artículos 1 a 11, ambos

inclusive, a la vez que deroga por su primera disposición transitoria el anterior Decreta, acomodándose así al Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre, de 1976, ratificado por España en 13 de abril de 1977, y en vigor desde el 27 de julio siguiente, en cuyo art. 8 se dispone, que "...los Estados Partes en el presente acto, se comprometen a garantizar..." entre otros, y como dice en su letra d), "...el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país...", normas de actual aplicación, como se desprende de las recientes y reiteradas sentencias de esta Sala, de 27 y 28 de febrero pasado y 6 de los corrientes , adecuadas por tanto a la solución de este proceso incidental, surgido durante la tramitación del recurso de casación interpuesto contra sentencia que la Magistratura de Trabajo n º 13 de la de Madrid dictó el 22 de noviembre de 1976 , en cuyo fallo declaró procedente la propuesta de despido sancionatorio formulada por la empresa "SA. VERS", contra veintitrés de sus operarios que ostentaban cargos de elección sindical y habían participado en huelga que se produjo en sus establecimientos, a partir del 26 de abril de dicho año, que constituía acto sancionable, conforme al nº 2 del artículo 4º del entonces vigente Decreto-Ley 5/1975 de 22 de mayo dé la que ahora se solicita la amnistía en la demanda incidental, y a la que ha de accederse, según postula el Ministerio Fiscal al evacuar el traslado que se le ha hecho, pues conforme a su criterio, "...el conflicto (existente: entre las partes)) surgió..." como consecuencia "...de unas reivindicaciones laborales ..", que al no ser atendidas, desembocaron en la huelga de la que fueron particípeselos operarios sancionados, conducta que,"...conforme al referido art. 5, de la Ley de amnistía se trata de infracciones laborales consistentes en actos que suponen (ahora) el ejercicio del derecho de huelga reconocido, (tanto) en normas internacionales vigentes, .. (Como) en nuestro propio derecho interno..."; amnistía que da lugar, según ordena el art. 8 de la misma, a que se dejen "sin efectos las resoluciones jurídicas ... que hayan producido despidos .. derivados de los hechas contemplados..." en aquel, lo que obliga a reconocer a los trabajadores "...afectados, todos los derechos que tendrían en el momento de aplicación de la misma de no haberse producido; aquellas medidas...", y a que el Estado satisfaga por ello las "...cotizaciones de la Seguridad Social y Mutualismo Laboral, (sic) que, como situación de asimilados al alta...", no se hubieran satisfecho; y

por el contrario, no les serán satisfechos los salarios de tramitación pedidos, por no tratarse de derecho reconocido en las normas antes citadas.

FALLO:

FALLAMOS que estimando en parte la demanda incidental que durante la tramitación del recurso de casación formalizaron Ion trabajadores Don Luis María, don Salvador, don Bruno, don Gerardo, Don Octavio, don Pedro Miguel, don Cornelio, don Rodolfo, don Luis Carlos, don Alejandro, don Evaristo, don Manuel, don Jose Augusto, don Juan Pedro, don Constantino, don Leonardo, don Carlos María, don Miguel Ángel, don Enrique, don Lázaro, don Juan Francisco, don Darío y don Juan, se decreta la amnistía de las infracciones laborales por ellos cometidas y por las que fueron declaradas procedentes las propuestas de despido contra ellos formulada por la Empresa "SA VERS" a la que prestaban sus servicios y en consecuencia, dejando sin efecto la sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y seis, condenamos a dicha empresa a que restituya a aquellos, todos los derechos que tendrían en la fecha de esta sentencia de no haber sido aceptada la propuesta de despido, y al Estado, a que satisfaga a la Seguridad Social las cotizaciones correspondientes a los mismos, que hasta el día de hoy no hayan sido satisfechas; desestimando por el contrario Ion salarios de tramitación pedidos; y consecuencia de todo ello, levantando la suspensión del recurso que fue acordada en auto de veintidós de diciembre de mil novecientos setenta y siete, póngase a disposición de las partes el procedimiento por el tiempo que le reste para formalizar el recurso, para que insten lo que a su derecho convenga, y transcurrido sin instar procédase a su archivo.

Devuélvanse las actuaciones de instancia a la Magistratura de procedencia, con certificación de esta sentencia y carta-orden.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicara en el Boletín Oficial del Estado e insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. Don Julián González Encabo, estando celebrado

audiencia pública la Sala de lo Social Tribunal Supremo, en el día de su fecha de lo que como Secretario de la misma certifico.

6-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 1978

ANTECEDENTES DE HECHO:

RESULTANDO: Que ante la Magistratura de Trabajo de Huelva, se presentó escrito de demanda por el recurrente, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, termino por suplicar se dictara sentencia por la que se condene a la empresa demandada al abono de las cantidades salariales y perjuicios, con deducción de lo ya percibido.

RESULTANDO: Que celebrado el juicio prevenido por la Ley, se dictó sentencia por la Magistratura de instancia con fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y tres, declarando HECHOS PROBADOS: 1º.- El actor Jaime, mayor de edad, casado, Patrón de Pesca, suscribió contrato de embarco con el Armador, Pesqueras del Gua diana S.A., el día 28 de agosto de 1970, especificándose en dicho contrato, desempeñaría a bordo del buque Onuba el cargo de Técnico de Pesca, y que la duración del mismo sería de unos ocho o diez meses, en calidad de viaje redondo, estipulándose como condiciones económicas las siguientes: Sueldo base, 3.900 ptas. prima de captura y manipulación de mariscos, 4.200 ptas. por tonelada entendiéndose por tal la especie de langostino, gamba, cigala, moruno, es decir, especies finas, no siendo primadas las especies de quisquilla, camarón y gamba roja; en concepto de ayuda de víveres añade el contrato, se abonará a cada tripulante hasta 40 ptas., por día de mar, siendo de cuenta del armador el pescado que se consuma a bordo. El exceso de gasto efectuado será de cuenta de la tripulación: 2º.- Un día de diciembre de 1970, estando el buque en Luanda (Angola), por causas que no se han determinada, la tripulación del Onuba se negó a salir al mar con el actor por lo que decidió este regresar a España.

Estando en la Península, se recibió un cable del 2º patrón del buque en el que comunicaba al armador que se hacía a la mar. El 11 de febrero de 1971, el actor volvió a hacerse cargo del buque más llegado a Luanda, al volver al buque, nuevamente, algunos miembros de la tripulación se negaron a salir con él al mar, por lo que tuvo que regresar a España: 3º.- En la libreta de inscripción marítima figura el embargo del actor en el buque referido el 4 de septiembre de 1970, y el desembarco el 12 de febrero de 1971, a petición del armador, constando en la diligencia de embarco lo siguiente: manifiesta el armador que se volvió de Angola sin embarcar contrariamente a la finalidad con que se hizo el viaje. Se sigue procedimiento escrito para el esclarecimiento de los hechos.

RESULTANDO: Que expresada sentencia contiene el siguiente FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Jaime y la reconvención ejercitada por Pesqueras del Guadiana S.A., debo absolver y absuelvo al demandado Pesqueras del Guadiana S.A. de los pedimentos contra ella formulados en demanda, y así mismo absuelvo al actor de la reconvención contra él formulada. Adviértase a las partes a notificarles esta sentencia que, contra la misma cabe interponer recurso de casación, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que podrá preparar en termino de diez días hábiles, a contar del siguiente al de su notificación, mediante escrito o por comparecencia ante esta Magistratura, con los requisitos y formalidades que determina la Ley de Procedimiento Laboral; texto refundido.

RESULTANDO: Que preparado recurso de casación por infracción de Ley, a nombre de don Jaime, se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito en el que consignan los siguientes motivos: Primero.- Se instrumenta al amparo del nº 5º del art. 167 de la L.P.L. denunciando error de hecho en la apreciación de elementos de prueba documentales obrantes en los autos que demuestran la equivocación evidente del juzgador: Segundo.- Se instrumenta al amparo del art. 167 nº 1º denunciando, en base a dicho precepto de la L.P.L. violación de los arts. 46 y 47 de la Ley de Contrato de Trabajo: Tercero.- Se instrumenta al amparo del nº 1 del art. 167 de la L.P.L. denunciando interpretación errónea de los artículos 75, 64, 76 y 77 de la L.C.T. en relación con los arts. 1, 124, 1.104 y 1.105 del Código Civil; Cuarto.- Se instrumenta al

amparo del nº 1º de la L.P.L. denunciando interpretación errónea de los arts. 1.903 del Código Civil y 12 de la Ley de Procedimiento Laboral.

RESULTANDO: Que, seguido el meritado recurso por todos sus trámites en el que dictaminó el Ministerio fiscal en el sentido de considerarlo improcedente, se declararon conclusos los autos y se señaló día para la vista que ha tenido lugar el 24 del corriente mes de abril, sin que a dicho acto concurriera el abogado de la parte recurrente, no obstante haberse practicado la oportuna citación en la forma legal procedente.

VISTO Siendo Ponente el Magistrado Excmo. Sr. Don Mamerto Cerezo Abad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CONSIDERANDO: Que en el motivo cuarto se denuncia interpretación errónea del artículo 1.903 del Código Civil, planteando una cuestión jurisdiccional al decir que su finalidad es la procedencia de que la Jurisdicción Laboral conozca de las pretensiones contenidas en la demanda por distintos conceptos de naturaleza salarial y sostener que las reclamaciones por daños y perjuicios no están excluidas de esta Jurisdicción cuando se inscriben en un marzo contractual o tienden al cumplimiento de la legislación laboral, motivo a examinar con preferencia, para rechazarle, por ser totalmente inoperante pues si bien la sentencia recurrida razona sobre la culpa contractual y extracontractual y concluye que la extracontractual del artículo 1.903 del Código Civil "no puede ser objeto de examen por esta Jurisdicción" conforme al artículo 13 del Procedimiento Laboral, tal razonamiento, acertado o erróneo, es ineficaz en este caso, pues el recurso de casación no se da contra los razonamientos de la sentencia, sino contra los pronunciamientos del fallo, y el que aquí se recurre no hace pronunciamiento alguno sobre incompetencia de la Jurisdicción Laboral para conocer de todas o de parte de las pretensiones de la demanda o de la reconvención, con prevención a la parte respectiva de ante quién y cómo pueda hacer uso de su derecho, ni se abstiene de fallar sobre el fondo del asunto o de algún extremo del mismo ni remite al reclamante a Jurisdicción distinta, como ordena el artículo 3º del citado Texto Procesal , sino que desestima la demanda y la reconvención, absolviendo al demandado de la primera y al

actor de la segunda, por tanto, resuelve íntegramente sobre el fondo, decidiendo todas las cuestiones planteadas y discutidas en el pleito y en su consecuencia, la cuestión jurisdiccional que se indica en este motivo no existe.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo se alega error de hecho en la apreciación de la prueba documental y no puede prosperar tanto por deficiencias formales como por no resultar de la prueba citada equivocación evidente del Juzgador en los extremos que se indican; lo primero porque al proponer la rectificación de los hechos probados se exponen razonamientos jurídicos sobre la culpa o negligencia del armador, la calificación del comportamiento de la empresa, aplicación de preceptos legales al no embarque del actor y a ser éste víctima de un "atropello" como causa de indemnización, temas jurídicos inarbordables por vía de error de hecho y que producen confusión, infringiendo el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en cuanto exige claridad, precisión y separación radical de los motivos de casación; lo segundo, porque se propone subsanar dos omisiones: 1º. que el actor no pudo embarcar hasta el 22 de abril de 1971, debido al procedimiento que le fue instruido, y 2º, que las capturas sobre las que giran sus retribuciones salariales fueron de 159,977 kilos, siendo la prueba citada: Un acta notarial, que, a requerimiento del recurrente, hace constar que en su Libreta de Inscripción Marítima hay una diligencia de embarco de 4 de septiembre de 1970 y que a continuación no existe diligencia de desembarco hasta las once horas del día 22 de abril de 1971, pero en autos obra (folio 21) fotocopia de las mencionadas diligencias de embarco, que la sentencia transcribe, su que aparezca la fecha en que fue estampada la diligencia de desembarco ni la sentencia dice cual fuera; una certificación de la empresa, en la que se dice que el 23 de febrero de 1971 el actor continuaba en la empresa, lo que la sentencia no niega: una certificación de la Comandancia Militar de Marina de Huelva sobre que en 13 de abril de 1971 instruía información al actor por supuesto abandono del pesquero "ONUBA" y otros hechos ocurridos en Luanda (Angola) el 10 de diciembre de 1970; un escrito del actor, de 22 de febrero de 1971, dirigido al Comandante Militar de Marina de Huelva, relatando las incidencias del 9 de diciembre de 1970 y de 11 de febrero de 1971 en el puerto de Luanda a bordo del citado Pesquero, sus dos viajes de regreso a España y solicitando que se le desembarque en su

Libreta de Inscripción Marítima, extremos recogidos en la sentencia; y una certificación del Negociado de Pesca de la Comandancia Militar de Marina de Huelva, según la cual el Pesquero Mixto Congelador efectuó descargas de gambas por un total de 91,977 kilos y de decolorados un total de 8,000 kilos, sumando todo los 159,977 kilos que alega el recurrente, pero en autos (folio 10) existe otra del Ingeniero Director del Puerto Autónomo de Huelga, en la que consta que durante el periodo de 28 de agosto de 1970 a 13 de Mayo de 1971 el Congelador "ONUBA" descargó mariscos con un peso de 104.276 kilos, pesados en la báscula del Muelle de Levante, cifra que la sentencia estima probada, y no hay razón superior para que prevalezca la que el actor señala.

CONSIDERANDO: Que en los motivos segundo y tercero se denuncia respectivamente violación de los artículos 44, 46 y 47 e interpretación errónea del 64, 75, 76 y 77, todos de la Ley de Contrato de Trabajo, planteando el tema de si el recurrente tiene derecho a las cantidades que reclama unas devengadas y otros que pudo devengar y que la sentencia le deniega; motivos que deben estimarse y para mejor comprensión, conviene sintetizar los hechos probados así: 1º El actor suscribió con la empresa demandada contrato de embarco como Patrón de Pesca a bordo del buque Onuba y por viaje redondo de unos ocho o diez meses: 2º.- La remuneración pactada fue: un "sueldo base", una "prima de captura y manipulación de mariscos por tonelada" y una "ayuda de víveres por día de mar"; 3º.- Un día de diciembre de 1970, estando el buque en Luanda la tripulación se negó a salir al mar con el actor y éste decidió regresar a España; 4º.- Estando en la Península, el armador recibió un cable del Segundo Patrón del buque comunicándole que se hacía a la mar. 5º.- El 11 de Febrero de 1971 el actor regresó a Luanda, se hizo cargo del buque pero, nuevamente, algunos miembros de la tripulación se negaron a salir con él al mar, por lo que tuvo que regresar a España; 6º.- Al actor se le siguió procedimiento escrito para esclarecer los hechos y se le declaró exento de toda responsabilidad; 7º.- A petición del armador se hizo constar en la Libreta de Inscripción Marítima del actor que el desembarco fue el 12 de febrero de 1971, porque se volvió de Angola sin embarcar, pero no consta el día en que se hicieran tal anotación en la Libreta; y 8º.- El buque "ONUBA" entró en el Puerto de Huelva el día 1 de mayo de 1917, portando 104.276 kilos de mariscos. A estos hechos es a lo que hay

que aplicar, con preferencia, las normas específicas del Ordenamiento Jurídico Laboral y sólo suplementariamente las generales del Civil, cuando en aquellas quedara algún vacío carente de regulación, por tanto, los artículos 1.124 1.104 y 1.105 del Código Civil a los que se refieren la sentencia y el motivo tercero no son aplicables al caso de autos, porque en Derecho Laboral el devengo y pago de retribuciones salariales tiene hormas y principios específicos que se apartan de los generales del sistema civil sobre el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, culpa o negligencia del deudor, caso fortuito o fuerza mayor, que los aludidos preceptos regulan, y si no es exacto la tesis recurrente de que el devengo de salarios se supedita a la mera existencia y subsistencia de la relación laboral, ni que mientras el trabajador dependa de una empresa siga devengando salarios, porque de los artículos 1º, 60, 64 y 75, número 1º , claramente se desprende que la remuneración del trabajador depende de que éste preste un servicio o ejecute una obra, por cuanto la esencia del contrato de trabajo consiste en la obligación de prestar ese servicio o ejecutar esa obra, bajo dependencia de un empresario y mediante retribución, así como el trabajador tiene la obligación de trabajar y el empresario está obligado a remunerar la prestación de servicios y obras que le hicieran, es lo cierto que, vigente el contrató, si el trabajador no pudiera prestar sus servicios o producir sus obras por retraso del empresario en darle trabajo, por impedimentos que provengan de los elementos objetivos que se citan o de "cualquier otra circunstancia imputable al empresario y no al trabajador", conservará el derecho a su salario y si éste se pagase por unidad de obra o de tarea, se calculará equitativamente sobre el supuesto de las que en el tiempo perdido hubiera podido realizar (artículo 47 de la citada Ley) luego la cuestión estriba en determinar la vigencia del contrato, la imposibilidad de realizar el trabajo y el retraso del empresario en dársela o la circunstancia imputable al empresario y no al trabajador que produjera tal imposibilidad; así centrado el tema, hay que estimar la vigencia del contrato, por lo menos, hasta el 12 de febrero de 1971, pues no termina el día de diciembre de 1970 en que el actor dejó de prestar sus servicios a bordo del buque "Onuba", ya que, regresando a España, se 3.e mantuvo a disposición de la empresa hasta enviarle a Luanda para hacerse cargo otra vez del buque; la imposibilidad de que el trabajador prestara su servicio y realizara su obra es evidente y

en ambas fechas -diciembre de 1970 y febrero de 1971- por la misma causa, la de negarse parte de la tripulación a navegar y faenar con el actor; finalmente, desde que éste regreso a España hasta su vuelta a Luanda, no consta que trabajara para nadie, la empresa retiene y demora darle trabajo desde un día de diciembre de 1970 hasta otro de febrero de 1971 y este retraso bastaría para que, vigente el contrato, conservara el derecho a su salario; el actor no presta sus servicios ni realiza su obra por el impedimento antes dicho: negarse la tribulación a navegar y faenar con él, circunstancia que no le es imputable por ser debido al comportamiento de otros y nadie alegó, ignorándose totalmente, la motivación de la negativa de los tripulantes la sentencia, en el undécimo Considerando dice: "a pesar de los esfuerzos de este Tribunal se desconocen los motivos que les impulsaron a obrar de tan anómala forma" y añade que el actor, como patrón del buque tenía facultades para imponer su autoridad a bordo, pero no se sabe si también tenía medios, no consta que lo hiciera ni tampoco que impetrara el auxilio de la Autoridad para reprimir la conducta de la tripulación y así, con base en la ignorancia de los hechos, no cabe imputar la responsabilidad al trabajador; en cambio, la responsabilidad por "cualquier otra circunstancia" -la negativa de la tripulación a navegar- si que le es "imputable al empresario" porque esta expresión no requiere acudir a los conceptos de "culpa" o "negligencia" para hacerla, pues tal imputabilidad es meramente objetiva y de ella se deriva una "responsabilidad sin culpa", en la misma línea que si el impedimento proviniera de los demás elementos inanimados -locales, materiales o instrumentes, que el mismo artículo 47 enumera-; en el presente caso procede de la tripulación, que no es del Patrón de Pesca, víctima de ella, sino que pertenece a la organización empresarial del Armador del buque y éste es quien ha de responder de los actos que aquella realizare en orden a la misión que le confió y que causaran dañe o perjuicio a otro, sin que le excuse la falta de culpa o negligencia propia innecesarias en el supuesto del precepto , ni la imposibilidad de prever -por ser previsible tal suceso- ni la de evitarle por la lejanía del barco pues el cable del Segundo de a bordo revela fácil comunicación para poder -actuar la empresa-. En suma, el actor conserva el derecho a su "sueldo base" mensual hasta la terminación del contrato, a su "prima de captura y manipulación de mariscos" en cuantía equitativa, calculada sobre el

supuesto de la que hubiera podido realizar en el tiempo perdido desde la interrupción del trabajo a bordo hasta la terminación del contrato por desembarco definitivo, periodo éste que no tendrá derecho a la "ayuda de víveres por día de mar", en cuyo sentido se estima procedente el recurso.

FALLO:

FALLAMOS: Estimando el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de don Jaime contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Huelva con fecha dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y tres , en los presentes autos, la que casamos y anulamos, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho.

ASI por esta nuestra sentencia que se publicara en el Boletín Oficial del Estado e insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. Don Mamerto Cerezo Abad, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el día de su fecha de lo que como Secretario de la misma certifico.

Recurso nº 50.637.-

Ponente: Excmo. Sr. Mamerto Cerezo Abad.-

Secretaria: Sr. Martínez.-

VISTA: 24 de Abril de 1.978.-

SEGUNDA SENTENCIA NUMERO 859

Excmos. Señores:

Don Rafael Gimeno Gamarra.-

Don Mamerto Cerezo Abad.-

Don Agustín Muñoz Álvarez.-

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de mil novecientos setenta y ocho.-

VISTOS los presentes autos pendientes ante Nos, en virtud de casación acordada en este día, en el recurso por infracción de Ley, formalizado por el Procurador don Alfonso Palma González, en nombre y representación de don Jaime, contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Huelva, que conoció de la demanda formulada por don Jaime, contra Pesqueras del Guadiana SA.

Antecedentes Segunda Sentencia:

RESULTANDO: Que se dan por reproducidos los hechos que el Juzgador de Instancia estimó probados, cualquiera que sea el lugar de su sentencia en que estén consignados, con la necesaria precisión, a efectos de cálculos, que los días aludidos de diciembre y febrero en que se produjo el suceso inicial y el fin del contrato fueron a mediados de cada mes citado.

SIENDO PONENTE EL MAGISTRADO Excmo. Sr. Don Mamerto Cerezo Abad.

Fundamentos Jurídicos Segunda Sentencia:

CONSIDERANDO: Que teniendo también por reproducidos los razonamientos contenidos en los Considerandos de la sentencia de casación dictada con esta misma fecha, procede estimar la demanda en parte, y para fijar la cantidad liquida a que debe ser condenada la demandada se ha de precisar: 1º Los "SALARIOS" y las "PARTES PROPORCIONALES" de pagas extraordinarias y de vacaciones se referirán a los cinco meses y medio de vigencia del contrato de trabajo y resultan, respectivamente: 21.450 pesetas, 650 pesetas y 975 pesetas; 2º La "PRIMA DE CAPTURAS Y MANIPULACIONES se calculará en razón de las ciento cuatro toneladas de mariscos que se estiman probadas y equitativamente a cinco meses y medio (tres y medio de permanencia a bordo y dos de tiempo perdido por circunstancias imputables al empresario), de los ocho meses de duración del viaje, que hacen 300,300 pesetas; y 3º La "AYUDA DE VÍVERES" se referirá a los tres meses y medio de permanencia

efectiva del actor en el barco, que asciende a 4.200 pesetas, sumando todo ello la cantidad de TRESCIENTAS VEINTISIETE MIL QUINIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS, de la que han de deducirse los "ANTICIPOS PERCIBIDOS" por el actor, según admite en su demanda, por lo que la cantidad a que debe ser condenada la demandada a pagar al actor es de NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS.

CONSIDERANDO: Que la reconvención de la demandada contra el actor cifrada en el acta del juicio en CIENTO CINCO MIL DOSCIENTAS NOVENTA Y UNA PESETAS CON CINCO CÉNTIMOS no puede prosperar porque, como aprecia el Juzgador de Instancia, quien la formula no ha probado el actor haya percibido mayor cantidad de dinero que le devengada, lo que era necesario para que su pretensión pudiera ser acogida y, además, porque casi todo lo pedido en la reconvención está expresamente comprendido en la deducción que el propio actor hace en la demanda y es tenida en cuenta al fijar la cantidad líquida de la condena en el Considerando anterior, como "anticipos percibidos".

Fallo Segunda Sentencia:

Estimando en parte la demanda formulada a nombre del actor DON Jaime contra la demandada "PESQUERAS DEL GUADIANA SA.", declaramos que esta adeuda a aquél, por los conceptos de salarios, pagas extraordinarias, prima de captura y manipulaciones de mariscos y ayuda de víveres, la cantidad líquida de "NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTAS SETENTA Y CINCO PESETAS y condenamos a la citada entidad "PESQUERAS DEL GUADIANA SA.", a que pague al mencionado DON Jaime la expresada cantidad. Asimismo fallamos desestimando la reconvención formulada por la parte demandada "PESQUERAS DEL GUADIANA SA.," contra el actor DON Jaime, y absolvemos a éste de la reclamación de cantidad que en la misma se contiene.

Devuélvanse las actuaciones de instancia a la Magistratura de procedencia con certificación de esta sentencia, de la de casación y carta-orden.

ASI, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. Don Mamerto Cerezo Abad, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el día de su fecha de lo que como Secretario de la misma certifico.

7-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 1986

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: La actora doña Milagros, formuló demanda ante la Magistratura de Trabajo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, contra el excelentísimo Cabildo Insular de Gran Canaria, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se declare su despido nulo o improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal pronunciamiento.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la demandante, se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada. Y, recibido el juicio a prueba, se practicaron las que constan en estas actuaciones.

Tercero: En fecha 10 de octubre de 1985, se dictó sentencia por dicha Magistratura, cuya parte dispositiva dice: "Fallamos: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por Milagros contra el Cabildo Insular de Gran Canaria, debo calificar y califico de nulo el despido de la actora y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a la readmisión inmediata de la actora con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la readmisión y que hasta hoy ascienden a 281.557 ptas. líquidas." Cuarto: En la anterior sentencia se declara probado: "1º La actora Milagros ha venido trabajando para el Cabildo Insular de Gran Canaria (Organismo de Gestión de los Servicios Benéfico-Sanitarios Insulares) como

Auxiliar administrativo desde el 27-6-83 y salario diario bruto global de 3.182 ptas., lo que significa un líquido mensual de. 2º Fue contratada por escrito para sustituir a doña Nieves una vez finalice la situación de incapacidad laboral transitoria en que se encuentra la sustituida, la cual en esta fecha no consta si continúa de baja por enfermedad. 3º Por carta de 1-6-85 se le preavisa de que su contrato finalizará el 1-7-85 y llegado ese día es cesada. 4º Interpuso demanda el 2-9-85 tras agotar la vía previa." Quinto: Contra la anterior sentencia, se interpuso recurso de casación por infracción de Ley por el demandado, y admitido que fue y recibidas las actuaciones en esta Sala, su Letrado lo formalizó basándolo en los siguientes motivos de casación: "1º Violación, por no aplicación del artículo 15.1.e) de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, en relación con el 45.1.e) y 48.1 y 2 de la misma Ley. Aducimos este motivo al amparo del número 1 del artículo 167 de la Ley de Procedimiento Laboral. 2º Violación, por aplicación indebida, del artículo 15.5 y 7 de la Ley 8/ 1980, de 10 de marzo. Se ampara este motivo en el número 1 del artículo 167 de la Ley Laboral de Ritos: 3º Asimismo, en este motivo aducimos violación del artículo 45.1.c), en relación con el 48.1 y 2, ambos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, y en relación con el artículo 126.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social. Se ampara este motivo en el número 1 del artículo 167 de la Ley Laboral Ritual. La violación que esgrimimos es por no aplicación de los preceptos señalados.

Sexto: No personada la parte recurrida y emitido el preceptivo dictamen por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso, se señaló para votación y fallo el día 21 de octubre de 1986, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: El excelentísimo Cabildo Insular de Gran Canaria ha formalizado el recurso de casación por infracción de Ley apoyándolo en sus tres motivos en el artículo 167-1 de la Ley de Procedimiento Laboral; el primero, por no aplicación del artículo 15 - l e) (sin duda quiere decir c), en relación con el 45 - l e) y 48-1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores ; el segundo, por aplicación indebida del artículo 15-5 y 7 del citado

Estatuto; y el tercero, por violación del artículo 45-l c), en relación con el 48-1 y 2 del mismo y el artículo 126-1 a) de la Ley General de la Seguridad Social .

Segundo: Como fácilmente se descubre de cuanto queda dicho, todo el recurso gira alrededor de un punto muy concreto y determinado: según el impugnante, se está en presencia de un contrato temporal por propia naturaleza y finalizó cuando el día llegó o la condición se cumplió. Pero para descubrir la naturaleza del convenio, su significación y sus efectos, resulta imprescindible examinar los términos del pacto según consta en el relato histórico de la sentencia, que por no haber sido impugnado ha de permanecer inalterado.

El contrato formalizado por escrito el 27 de junio de 1983, se celebra para sustituir a doña Nieves una vez (es decir, hasta que) finalizara la situación de incapacidad laboral transitoria en que se encontraba, sin que constara al dictarse la sentencia si dicha trabajador sustituida continuaba o no de baja por enfermedad y la carta en la que se preavisaba a la actora de la terminación de su contrato señalaba como fecha de cese al 1 de julio de 1985. Esto es cuanto consta en la sentencia.

Tercero: De este relato se deduce: 1) Que el contrato de naturaleza laboral tuvo una duración de 6 meses y 3 días en 1983, todo el año 1984 y otros seis meses en 1985, es decir, 2 años completos; 2) que, por consiguiente, aceptando por vía de hipótesis que su duración se condicionara a la situación de invalidez laboral transitoria de la trabajadora sustituida, no pudo exceder de 18 meses y si se entendiera que la extensión temporal se proyectaba hasta la reintegración de la enferma, hubiera debido de acreditarse la vuelta al trabajo de la trabajadora sustituida, ninguno de cuyos supuestos se da en el presente recurso.

Cuarto: La Administración por mandato expreso de nuestra Constitución ha de someterse incondicionadamente al principio de legalidad, lo que supone respetar todo el Ordenamiento jurídico y si bien esta Sala en jurisprudencia muy constante y que por conocida resulta innecesaria pormenorizar, ha expresado insistentemente que no es hacedero transformar un contrato temporal en otro indefinido, a pesar de que se hayan producido determinadas irregularidades, cuando su transformación supone un acceso a

la función pública por cauce inadecuado, también es cierto que cuando se trata de un contrato laboral ordinario de naturaleza temporal, sujeto a un plazo resolutorio consistente en el hecho de que la trabajadora sustituida en situación de incapacidad laboral transitoria se reincorporara a su actividad, es claro que mientras no llegue el día pactado no puede darse por resuelto el contrato, como razona con acierto el Magistrado "a quo" en su sentencia y el Ministerio Fiscal en su informe.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el excelentísimo Cabildo Insular de Gran Canaria, contra sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 10 de octubre de 1985, en autos seguidos a instancia de doña Milagros, sobre despido. Devuélvanse los autos a la Magistratura de procedencia, con certificación de esta sentencia.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 1986

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: Ante la Magistratura de Trabajo número 13 de Barcelona, se presentó escrito de demanda por don Alexander, en el que tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se le declarara en situación de invalidez permanente, en grado de absoluta, para todo tipo de trabajo, derivada de enfermedad común, sin posibilidad razonable de recuperación, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a abonar al trabajador una pensión vitalicia mensual de 45.232 pesetas, por catorce pagas al año, con efectos del día 11 de diciembre de 1982, más los incrementos legales y mejoras a partir de la citada fecha.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada. Y recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero: Con fecha 25 de noviembre de 1985, se dictó sentencia por la Magistratura de instancia cuya parte dispositiva dice: «Fallamos: Que desestimando la demanda interpuesta por Alexander debo absolver y absuelvo de la misma al demandado Instituto Nacional de la Seguridad Social.» Cuarto: En la anterior sentencia se declara probado: «1.°) Que la parte actora nacida el 7 de mayo de 1923, se encuentra afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social, con DNI. Número NUM000 por consecuencia de servicios prestados como peón almacén para la empresa o ramo construcción. 2.°) Que inició proceso de enfermedad común, produciéndose el alta médica el día 11 de diciembre de 1982. 3.°) Que en vía administrativa la Dirección Provincial del INSS. en resolución de fecha 1 de diciembre de 1983 declaró que el trabajador se encontraba en situación de invalidez permanente en grado de total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, y se agotó la vía administrativa ante la Dirección Provincial del INSS., que en resolución de fecha 1 de marzo de 1984 confirmó el pronunciamiento de instancia. 4.°) Que la base reguladora asciende para la absoluta a 42.223 pesetas. 5.°) Que la parte actora padece lumboartrosis avanzada que limita su flexión a los 45 grados; gonartrosis moderada». Quinto: Preparado recurso de casación por infracción de ley en nombre de don Alexander, se ha formalizado ante esta Sala mediante escrito en el que se consigna un único motivo al amparo del artículo 166 y 167-1.° de la Ley de Procedimiento Laboral, por violación de doctrina legal.

Sexto: Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida y emitido el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos y se señaló día para el Fallo, que ha tenido lugar el 17 de diciembre de 1986.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: Frente a la sentencia que desestimó su demanda de incapacidad permanente absoluta, formula recurso el trabajador con un único motivo en el que

denuncia, al amparo del número 1 del artículo 167 de la Ley de Procedimiento Laboral, la violación de la doctrina de la Sala contenida en las sentencias que cita en el desarrollo del motivo. El Instituto Nacional de la Seguridad Social, en su escrito de impugnación, considera improcedente este planteamiento por entender que la doctrina legal sólo puede ser invocada en relación con la norma que interpreta, pues lo contrario supondría erigir a la jurisprudencia en fuente de Derecho. Esta objeción no puede aceptarse, pues, por una parte, el recurrente establece con claridad que la doctrina que se invoca como violada es la que interpreta el artículo 135.5 de la Ley General de la Seguridad Social, y de otra, tanto el artículo 167.1 de la Ley de Procedimiento Laboral como el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten la cita independiente de la infracción de doctrina legal, la cual, por su propia naturaleza, guarda una relación de complementariedad con las fuentes del Derecho definidas en el artículo 1.1 del Código Civil, según previene el número 6 de este artículo.

Segundo: Aunque la doctrina de la Sala ha precisado en las sentencias que se citan al comienzo del motivo y en otras más recientes, como las de 1 de octubre de 1985, 4 de febrero y 24 de marzo de 1986, que la incapacidad permanente absoluta no puede valorarse a través de una interpretación rígida y literal de la norma legal que delimita su concepto, sino que ha de atenderse a los condicionamientos que se derivan de la prestación de un trabajo por cuenta ajena y de la exigencia de unos mínimos de rendimiento socialmente significativos, por debajo de los cuales las capacidades residuales del trabajador no pueden tomarse en cuenta para excluir la aplicación de aquel grado de incapacidad, ha establecido también que este grado ha de vincularse a una carencia real de facultades para desarrollar con eficacia y profesionalidad las tareas propias de cualquier actividad laboral por sencilla o liviana que ésta pudiera ser (sentencias de 26 de diciembre de 1985 y 6 de febrero de 1986 entre otras), y es claro que no es ésta la situación del actor, que, según el hecho probado quinto de la sentencia recurrida, padece una lumboartrosis avanzada, que limita la flexión a los 45 grados y una gonoartrosis moderada, pues estas dolencias no tienen entidad suficiente para impedirle el desarrollo de aquellos trabajos que no requieran esfuerzos o movilidad.

Tercero: La anterior conclusión no puede alterarse en atención a las sentencias que sobre el alcance de determinados padecimientos artrósicos se invocan en la segunda parte del motivo, pues, al ser la calificación de la invalidez permanente una operación compleja, en la que ha de individualizarse la proyección funcional de las lesiones en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, la doctrina contenida en esos pronunciamientos no puede generalizarse, de forma mecánica, fuera de los supuestos expresamente contemplados en los mismos, los cuales, no son además coincidentes, ni en extensión ni en intensidad, con los recogidos por la sentencia impugnada, que el recurrente modifica al construir su argumentación sin utilizar el cauce previsto en el artículo 167.5 de la Ley de Procedimiento Laboral , debiendo, por tanto, desestimarse el recurso de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto a nombre de don Alexander, contra la sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número 13 de Barcelona, de fecha 25 de noviembre de 1985, en autos sobre incapacidad permanente absoluta, seguidos a instancia de dicho recurrente, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Devuélvanse los autos a la Magistratura de procedencia con certificación de esta sentencia.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Juan Muñoz Campos.- Aurelio Desdentado Bonete.- Miguel Ángel Campos Alonso.- Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don Aurelio Desdentado Bonete, celebrando audiencia pública en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el día de la fecha, de lo que, como Secretario, certifico.- Madrid, a 23 de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.- Emilio Parrilla Sarrión.- Rubricado. Es copia conforme a su original al que me remito y de que certifico.

Y para que conste y remitir con sus autos a la Magistratura de procedencia.

9-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 1987

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: El actor, don Darío, formuló demanda ante la Magistratura de Trabajo de Melilla contra la empresa Wenceslao Paz Martínez, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se condene a la empresa demandada a abonarle la cantidad de 1.446.596 pesetas, más el 10 por 100 por mora en el pago del salario, por lo que, en total, la cantidad que le adeuda por los conceptos especificados en los hechos de esta demanda asciende a 1.591.256 pesetas.

Segundo: Admitida a trámite la demanda tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero: Con fecha 14 de mayo de 1986 se dictó sentencia por dicha Magistratura, cuya parte dispositiva dice: «Fallo: Que desestimando la excepción de caducidad de la acción propuesta por la empresa demandada y estimando en parte la demanda interpuesta por el actor, Darío, debo condenar y condeno a la empresa demandada de don Constantino a abonarle la suma de noventa y nueve mil novecientas cincuenta y cinco pesetas por los conceptos de pagas de vacaciones, antigüedad y diferencias de paga de beneficios, devengados durante el período de abril de 1985 a enero de 1986, ambos inclusive.» Cuarto: En la anterior sentencia se declara probado: «1.° El actor, de nacionalidad marroquí, prestó servicios para la empresa demandada desde 1 de marzo de 1980 hasta el 30 de enero de 1986, fecha en que se extinguió el contrato de trabajo de validez restringida que tenía concedido, por negarse el dicho actor a solicitar de la autoridad administrativa permiso de residencia en esta ciudad, lo que impidió que la referida empresa pudiese tramitar ante la autoridad administrativa laboral

la renovación de dicho permiso de trabajo. 2° La categoría profesional del demandante era la de mozo y desempeñaba sus trabajos en el centro de trabajo que la empresa, dedicada a la actividad de comercio, tiene en esta ciudad, carretera del barrio Chino, junto a la frontera de Marruecos. 3.° No consta en autos que el demandante realizara tareas de guarda nocturno, ni tampoco que haya prestado servicios durante dieciséis horas diarias ni durante domingos y festivos. 4.° Durante el pasado año 1985, así como tampoco durante el mes de enero del presente año, el actor no ha disfrutado de vacaciones. 5.° El demandante no ha percibido la cantidad, en concepto de paga de beneficios del pasado año, la suma de 39.568 pesetas que señala el Convenio Colectivo vigente para el comercio local, firmado el 12 de febrero del corriente año, así como tampoco digo, sino la de 30.586 pesetas. 6.° Asimismo tampoco ha percibido el plus de antigüedad que señala el artículo 12 de dicho Convenio , por un importe mensual de 2.241 pesetas.

Quinto: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por infracción de ley por la parte demandante, y admitido que fue y recibidas las actuaciones en esta Sala, su Abogado lo formalizó basándolo en los siguientes motivos de casación: I. Con apoyo y fundamento en el artículo 167.5 del vigente texto refundido de Procedimiento Laboral, por considerar esta parte recurrente que se ha producido error de hecho en la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia, y postulamos la supresión del hecho tercero de los declarados probados por la instancia y su sustitución por un nuevo hecho, y cuyo tenor literal sería el siguiente: «Que el demandante realizaba tareas de guarda nocturno.» Esta pretensión se deduce de la prueba documental obrante en autos -documentos números 62 y 96 a 113-, documentos cuyo valor, a los efectos de la casación, ha de estimarse, habida cuenta de que no sufren de tacha de falsedad, ni la parte contraria alegó causa alguna de invalidez o no reconocimiento en el acto de juicio oral.

II. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 167.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, por considerar esta parte recurrente que la sentencia de instancia ha infringido por el concepto de violación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1.1 y 3 y 1.255 y

1.256 del Código Civil . Consideramos que la sentencia de la instancia ha infringido por violación -en el sentido que señala la doctrina y la jurisprudencia de equivalencia a la no aplicación de la norma, ya que el concepto de inaplicación no se utiliza por la Ley y es rechazado en ocasiones por ese alto Tribunal- los preceptos antes menciona2 del Estatuto de los Trabajadores y del Código civil, ya que en el artículo 3 del Estatuto y en el 1 del Código Civil se recoge la costumbre como fuente del Derecho.

Sexto: No habiéndose personado la parte recurrida y emitido dictamen por el Ministerio Fiscal en el sentido de estimar improcedente el recurso, se señaló para votación y fallo el día 5 de mayo de 1987, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: El motivo inicial de los dos que integran el recurso de casación por infracción de ley que interpone la parte demandante se apoya y fundamenta en el artículo 167, número 5, de la Ley de Procedimiento Laboral , con la invocación de haberse producido error de hecho en la apreciación de la prueba por el juzgador de instancia y para que se suprima, añade, el tercero de los hechos declarados probados y se sustituya por la declaración de «que el demandante realizaba tareas de guarda nocturno», y lo apoya en los documentos obrantes en autos a los folios 62 y 96 a 113; mas si los expresados consisten en diecinueve volantes -unos de color rosa y otros blancos- en los que está impreso «Wenceslao Paz Martínez - Schweppes - Cerveza San Miguel» y un número marginal en rojo, y en forma manuscrita «a cuenta extra navidad» «anticipo 10.000 pesetas», y con tenor literal análogo los restantes citados, todos fechados en 24 de agosto de 1984, aunque hacen referencia a septiembre, octubre, noviembre y a febrero de 1985; si bien en la mayoría de ellos se consigna la palabra «Guarda» -en los recibos liquidaciones salarios extendidos por la empresa (folios 14 y sucesivos) se hace constar «mozo»- no hay elemento definidor de una contraposición de dos funciones: guarda y mozo, sino unas notas de entrega cuya razón de ser concreta e individualizada por los términos «anticipo», «vale», «a cuenta», implica que se ha trabajado, y que se perciben cantidades a cuenta, pero no que exista y haya desarrollado una doble actividad laboral en jornada de dieciséis horas diarias -como se dice en la

demanda-, afirmación manifiestamente exagerada y gratuita, salvo que dentro del presunto horario de trabajo se incluyeran las horas de sustento alimenticio, descanso y dormición, lo que constituiría asidero suficiente y opuesto a la pretensión del recurrente; que lleva al rechazo de la modificación fáctica que se pretende, al no existir elementos probatorios que conduzcan a convicción diferente de la que acoge el Magistrado de instancia y refleja en el hecho tercero impugnado; razones que, de acuerdo con el informe fiscal, llevan a la desestimación del primer motivo del recurso.

Segundo: En el motivo segundo, al amparo del número 1 del artículo 167 de la Ley Rituaria Laboral, denuncia la violación de lo dispuesto en el artículo 3.° del Estatuto de los Trabajadores , en relación con los artículos 1, 1.1 y 3.°, 1.255 y 1.256 del Código Civil , sobre fuentes del Derecho laboral, a saber: disposiciones legales y reglamentarias, convenios colectivos, voluntad de las partes manifestada en contratos de trabajo y los «usos y costumbres locales y profesionales», para añadir la existencia de la costumbre local de abonar una indemnización de veinte días de salarios por año trabajado en el supuesto de extinción de los contratos de validez restringida concedidos a trabajadores marroquíes en Melilla; mas no obran en los autos elementos en los que pudiera apoyarse la pretensión del recurrente, sólo la realidad del trabajo y la negativa a obtener la carta de extranjería para poder continuar la prestación de servicios, con lo que la finalización y no renovación del contrato y prestación de trabajo sólo a él es imputable.

Tercero: Los fundamentos expuestos conducen, como informa el Ministerio Fiscal, a la desestimación del recurso interpuesto.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don Darío, contra sentencia de la Magistratura de Trabajo de Melilla, con fecha 14 de mayo de 1986, en autos seguidos en virtud de demanda de expresado recurrente contra don Constantino, sobre reclamación de cantidad. Con devolución de los autos a la Magistratura de Trabajo y remisión a la misma de certificación de esta sentencia.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Juan Muñoz Campos.-José Lorca García.-José Díaz Buisen.-Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. don José Díaz Buisen, celebrando audiencia pública en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el día de la fecha, de lo que, como Secretario, certifico.- Madrid, a 11 de mayo de 1987.

10-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 1991

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La parte actora interpuso demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra expresado demandado, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare la existencia de vulneración del derecho de Libertad Sindical por parte del Ministerio de Defensa, declarando radicalmente nula la conducta del Organismo demandado, ordenando el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, y por tanto, declarando radicalmente nula y sin ningún valor la resolución del Ilmo. Sr. Director General de Personal del Ministerio de Defensa de fecha 15 de octubre de 1.990 con el número de escrito 1/15959, referencia 420.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 7 de noviembre de 1.990, se dictó sentencia en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos declarar y declaramos inexistente la vulneración del derecho de libertad sindical por el Ministerio de Defensa, denunciado por Colectivo Autónomo del Ministerio de Defensa".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declara probado: 1º.- La Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa, en resolución de 15 de octubre de 1.990 comunicó a todos los Órganos, Centros y Dependencias del Ejercito en todo el territorio nacional que, iniciado el proceso electoral para la constitución de órganos de representación del personal laboral al servicio del Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos, el Secretario de Estado de Administración Militar, había cursado instrucciones para el desarrollo de la normativa vigente y del proceso electoral a celebrar en fechas próximas, que se concretaban en las siguientes: 1º. La disposición adicional quinta de la Ley 9/1987, de 12 de mayo, ha de interpretarse en él sentido que, en el ámbito de las Administraciones Públicas y, por tanto, en el del Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos, las elecciones a órganos de representación del personal laboral (comités o delegados, según los casos) lo serán a nivel provincial y no de centro. 2ª. Como consecuencia de lo anterior, las obligaciones que corresponden al empresario en el desarrollo de los procesos electorales sólo se cumplimentarán en los casos de elecciones convocadas a nivel provincial, y 3ª. Por ello, no se facilitarán censos, no se proporcionarán urnas, no se concederán permisos y no se autorizará cualquier otro acto ni se dará cualquier otra facilidad para la realización de elecciones sindicales de ámbito distinto al provincial o, en los casos de Ceuta y Melilla, al ámbito del conjunto de establecimientos correspondientes a cada una de estas dos demarcaciones.

2º.- Por el sindicato Colectivo Autónomo del Ministerio de Defensa, se ha promovido elecciones sindicales en el ámbito del Ministerio de Defensa, para representantes del personal laboral, a nivel de centro de trabajo, a lo que se ha opuesto la entidad demandada en distintas ocasiones y lugares.

3º.- El sindicato Colectivo Autónomo del Ministerio de Defensa formuló demanda en reclamación de tutela del derecho de libertad sindical, como consecuencia de la lesión que dice haberle producido la resolución anteriormente transcrita y su puesta en práctica".

QUINTO.- Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación a nombre del COLECTIVO AUTÓNOMO DEL MINISTERIO DE DEFENSA (CAMD), y recibidos y admitidos los autos de esta Sala por su Letrado Sr. Gómez Álvarez, en escrito de fecha 27 de febrero de 1.991, se formalizó el correspondiente recurso, autorizándolo y basándose en los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo del artículo 204.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate art. 86.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores. SEGUNDO. Con igual amparo procesal, se denuncia la infracción del artículo 3.1.b), en relación con el artículo 37 de la Constitución Española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor de los Convenios, en relación con las fuentes del Derecho Laboral. TERCERO.- Con el mismo amparo procesal que los dos anteriores, por haberse infringido los artículos 2.2.d) y 6.3.e) de la Ley de Libertad Sindical. Terminaba suplicando se dicte sentencia que case y anule la recurrida.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 3 de Julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- En el primer motivo denuncia la organización sindical recurrente la infracción de los apartados 1 y 2 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores por entender que, aunque la vigencia del convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Defensa de 1.986 (Boletín Oficial del Estado de 21 de agosto) expiraba el 31 de diciembre de 1.987, ha de tenerse en cuenta que dicho convenio habría quedado prorrogado de no producirse denuncia expresa de las partea o que, incluso, concurriendo

dicha denuncia la normativa del convenio continuaría vigente hasta la aprobación de otro convenio. El motivo ha de rechazarse. La cláusula 1.3 del convenio establece que éste se entenderá automáticamente denunciado un mes antes de finalizar su vigencia y aunque se aceptase la tesis de la parte recurrente sobre el mantenimiento de la cláusula XVI. 4 del convenio por entender que esta tiene carácter normativo y no meramente obligacional, ello carecería de transcendencia a efectos de alterar el fallo de la sentencia recurrida por las razones que se expondrán más adelante.

SEGUNDO.- En el motivo segundo se alega la infracción del artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 37 de la Constitución Española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor-de los convenios colectivos en el marco de las fuentes del Derecho Laboral. La posición del recurrente consiste en afirmar que la regulación del convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Defensa de 1.986 ha de prevalecer, como norma especial de ese colectivo, sobre la que, en materia de elecciones a los órganos unitarios de representación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas contiene la disposición adicional quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio. Esta posición no puede compartirse. Los principios generales de ordenación del sistema de fuentes en el Derecho del Trabajo son, con las precisiones que se derivan de los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa, los generales de jerarquía y de orden normativos. Por el primero prevalece en caso de concurrencia la norma de mayor rango (artículo 1.2 del Código Civil), salvo cuando ésta se configura como regla que establece mínimos que pueden ser objeto de mejora por normas de rango inferior (principio de norma más favorable). Por el segundo, la norma posterior de igual o superior rango prevalece sobre la anterior la: artículo 2.2 del Código Civil) sin perjuicio del respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual. La regulación contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 9/1987 como norma posterior de rango superior prevalece sobre la norma del convenio colectivo a la que deroga en lo que resulte contradictorio con sus mandatos. El criterio de la especialidad tiene sólo una utilidad instrumental en determinados supuestos para determinar el alcance de la derogación tácita, sin que pueda excluir la aplicación de los principios de jerarquía y orden normativos. En el

presente caso claro que la regulación contenida en la disposición adicional quinta de la Ley 9/1987 se impone como regulación unitaria de carácter general y de derecho necesario, en cuanto propugna un sistema uniforme "en adecuación a las actividades y organización específica de la Administración Pública" en todas las elecciones a representantes del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas , sin que frente a ella puedan prevalecer regulaciones pretendidamente especiales como la que aquí se invoca, y respecto a la que sería también cuestionable su carácter de regulación materialmente especial en cuanto se limita a remitirse a las normas generales del Título II del Estatuto de los Trabajadores.

Con esta conclusión no se desconoce el valor vinculante de los convenios colectivos que proclama el artículo 37.1 de la Constitución Española y el Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 3.1.b) y 82.3 , en relación con la doctrina que cita la parte recurrente, pues como ha destacado el Tribunal Constitucional en su sentencia 58/1985, de 30 de abril , "la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone, entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva". Así lo subraya también el Estatuto de los Trabajadores que impone a los convenios colectivos el respeto a las leyes (artículo 85.1) y a las normas de derecho necesario tanto relativo (artículo 3.2) como absoluto (sentencia de 28 de abril de 1.986).

Por otra parte, hay que señalar que la regulación convencional opera como mera remisión, lo que, con independencia de su eventual funcionalidad en orden a la sustitución de las normas electorales contenidas en el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, sitúa la cuestión debatida en el marco de una relación ley general anterior-ley especial posterior, cono sostiene la sentencia recurrida, más que en el de la relación convenio-ley posterior.

TERCERO.- De lo razonado en los anteriores fundamentos se desprende que tampoco puede tener éxito la denuncia de la infracción de los artículos 2.2.d) y 6.3.e) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical . El primer precepto alegado establece que en el ejercicio de la libertad sindical las organizaciones sindicales "tienen derecho a la presentación de candidaturas para la elección de comités de empresas y delegados de personal y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas en los términos previstos en las normas correspondientes", y el segundo reconoce a las organizaciones sindicales que tengan la consideración de más representativas la facultad de promover dichas elecciones. Pero tanto la presentación de candidaturas como la promoción de las elecciones han de ajustarse al régimen legal que regula el proceso electoral, en el que se encuentra la disposición adicional quinta de la Ley 9/1987, de 12 de junio, en lo que se refiere a la delimitación del centro de trabajo como unidad electoral. Las instrucciones contenidas en la Resolución de la Dirección General del Ministerio de Defensa de 15 de octubre de 1.990 no constituyen una regulación, adicional de las elecciones que introduzca restricciones no autorizadas por la ley, sino que se limitan, en el plano de las directrices internas y no en el del desarrollo normativo, a condicionar el cumplimiento de las obligaciones empresariales de colaboración a que los proceses electorales hayan sido promovidos de conformidad con lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 9/1987 , lo que no constituye lesión alguna del derecho a libertad sindical de la organización recurrente.

Debe, por tanto, desestimarse el recurso.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el COLECTIVO AUTÓNOMO DEL MINISTERIO DE DEFENSA (CAMD), contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 7 de noviembre de 1.990, en autos seguidos a instancia de dicho recurrente contra el MINISTERIO DE DEFENSA, sobre tutela de derecho de libertad sindical.

Devuélvanse los autos a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional con certificación de esta sentencia y resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, hallándose celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma certifico

11-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MARZO DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero: Presentada demanda sobre cantidad y admitida la misma, se celebró el acto del juicio, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social, con fecha 16 de febrero de 1990 , cuya parte dispositiva textualmente dice: "Que estimando la demanda interpuesta por la actora Trinidad contra el Institut Cátala de la Salut, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir el salario como mínimo igual al 75 por 100 del salario de una ayudante técnico sanitaria, condenando al Institut Cátala de la Salut a estar y pasar por esta declaración y al abono a la actora de 98.464 pesetas correspondientes al período de 1 de enero de 1988 a 31 de diciembre de 1988." Segundo: En la anterior sentencia se declara probado: 1.° La actora, Trinidad , viene prestando sus servicios por orden y cuenta del Institut Cátala de la Salut, en el ambulatorio anexo, calle paseo Valle de Hebrón, con la categoría profesional, salario y antigüedad que constan en el hecho primero de la demanda.

2° El 3 de abril de 1984 el Insalud suscribió un acuerdo con las centrales sindicales Unión General de Trabajadores y CESM., en el que se convino la homologación en las retribuciones de determinadas categorías y concretamente para

auxiliares de enfermería, pactándose que se realizarían en tres años, de tal modo que en el año 1987 la retribución de auxiliar de clínica alcanzara el 75 por 100 del sueldo del personal ayudante técnico sanitario, siendo tales acuerdos de aplicación al Instituto Catalán de la Salud. 3.° Pese a lo acordado al fijar los salarios para 1987 y 1988 se estableció cumpliendo los compromisos contraídos en los acuerdos de 1986, el salario de costureras, conductores, oficiales de oficio y oficiales administrativos en una cuantía mensual de 83.067 pesetas mensuales y de 75.238 pesetas en pagas extras, cuantía igual al auxiliar de enfermería, pero inferior al salario de ayudante técnico sanitario. 4.° En fecha 25 de abril y 9 de junio de 1987 se suscriben nuevos acuerdos entre el Ministerio de Sanidad y centrales sindicales sobre la retribución del personal estatutario del Insalud, aplicable al personal del Instituto Catalán de la Salud y con rango de norma legal se publica el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre, sobre retribuciones del personal estatutario, que en su disposición adicional segunda indica que siempre que se hayan dado los supuestos de hecho necesarios para el devengo de cada concepto, los efectos podrán retrotraerse a 1 de enero de 1987.

En dicha norma no se fijan cantidades sin la estructura retributiva del personal afectado. 5.° Con fecha 24 de abril de 1988 se publica el acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril, por el que se aprueba la aplicación del régimen retributivo previsto sobre las retribuciones del personal estatutario del Insalud, remitiéndose en su apartado 1ª los efectos que se determinan en el punto anterior de 1 de enero de 1987. 6.° Interpuesta reclamación previa el 29 de marzo de 1989, fue desestimada. 1° El asunto planteado afecta a un gran número de trabajadores.

Tercero: Contra esta sentencia se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia, de fecha 19 de abril de 1991 , cuyo fallo dice textualmente: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, de 16 de febrero de 1990 , en autos seguidos a instancia de Trinidad, y, en consecuencia, revocamos íntegramente la resolución recurrida, absolviendo al condenado (sic) recurrente de las pretensiones de la demandante." Cuarto: Contra esta sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Cataluña doña Trinidad , interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, mediante escrito de fecha 13 de junio de 1991, en el que alega contradicción de la sentencia impugnada con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en fechas 30 de octubre de 1989 , 24 de septiembre de 1990 y 28 de septiembre de 1989 , y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, el 29 de marzo de 1990, de las que aporta su correspondiente certificación.

Quinto: Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida y emitido el preceptivo dictamen por el Ministerio Fiscal, éste emitió informe por el que se considera improcedente el recurso interpuesto.

Sexto: Por providencia de 7 de febrero de 1992, se señaló para votación y fallo el 254 día 12 de marzo de 1992, quedando la Sala constituida por cinco Magistrados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Primero: La cuestión propuesta por el recurso coincidente en un todo con la del litigio, es la retribución que corresponde a los auxiliares de clínica, al servicio del Insalud o del Instituto Catalán de la Salud a partir de 1 de enero de 1987, decidiendo si ésta ha de atenerse exclusivamente a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre y disposiciones complementarias, o debe acomodarse también a los acuerdos suscritos en 3 de abril de 1984, entre el Insalud y las centrales sindicales Unión General de Trabajadores y CESM., en virtud de los cuales la retribución de determinadas categorías, entre las que se encuentran los auxiliares de enfermería, alcanzaría en tres años el 75 por 100 del sueldo del personal ayudante técnico sanitario. La sentencia recurrida estima que la retribución ha de sujetarse sólo a lo ordenado en el Real Decreto-Ley 3/1987 y disposiciones complementarias, y así estima el recurso de suplicación interpuesto por Instituto Catalán de la Salud contra la sentencia de instancia que por su parte estimó la demanda de la actora auxiliar de clínica al servicio del Instituto Catalán de la Salud, declarando su derecho a percibir una retribución mínima igual al 75 por 100 del salario de un ayudante técnico sanitario - ayudante técnico sanitario- y condenando al demandado Instituto Catalán de la Salud a estar y pasar por

esta declaración, así como al abono de 98.464 pesetas correspondientes al año 1988, y, en su consecuencia, revoca la sentencia recurrida y absuelve al demandado Instituto Catalán de la Salud.

Segundo: El recurso aporta como sentencias contrarias las de 28 de septiembre y 30 de octubre de 1989 y 24 de septiembre de 1990, dictadas las tres por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, y la de 29 de marzo de 1990, procedente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En todas ellas, personal no facultativo al servicio del Insalud reclaman a éste percibir, con posterioridad al 1 de enero de 1987, una retribución mínima igual al 75 por 100 de la percibida por los ayudantes técnicos sanitarios. Fundando su reclamación, en las tres primeras sentencias, en los acuerdos firmados en 3 de abril de 1983 entre las centrales sindicales y el Insalud. En la última sentencia los actores fundan su reclamación tanto en el acuerdo ya citado como en el celebrado en 1986 que equiparaba a los auxiliares administrativos a los auxiliares de enfermería. Las cuatro sentencias acceden a las demandas, siendo así sus fallos contrarios al pronunciamiento de la recurrida. Lo expuesto evidencia, como aceptan todas las partes y el Ministerio Público, que está cumplido el requisito del artículo 216 de la Ley de Procedimiento Laboral que abre la posibilidad del recurso entablado.

Tercero: La cuestión propuesta en el recurso, y que quedó determinada en el fundamento primero de esta sentencia, ha sido ya reiteradamente enjuiciada y resuelta por esta Sala en recursos de unificación de doctrina; así, en las sentencias de 14 de abril, 5 de junio , 21 y 22 de noviembre y 12 de diciembre de 1991 , también fue abordada en la sentencia de 23 de septiembre de 1991 , dictada en conflicto colectivo sobre la misma cuestión, y en todas ellas la Sala ha resuelto que la retribución del personal del Insalud que en su día estuvo comprendido en los acuerdos elaborados entre esa entidad y las centrales sindicales, está normada a partir del Real Decreto-Ley 3/1987 exclusivamente por éste y las normas complementarias del mismo, y ello por las siguientes razones: 1.° Porque los convenios de 1983 y 1986 agotaron su vigencia en 31 de diciembre de 1986, pues su finalidad era establecer las retribuciones para el año 1984, así como un sistema de homologaciones para el trienio 1984-1986 y las retribuciones de este último año. 2.°

Porque el Real Decreto- Ley 3/1987 establece un nuevo sistema de retribución en el que las percepciones se fijan exclusivamente por la Ley, quedando por ello excluido cualquier incremento por homologaciones. 3.° Porque, en cualquier caso, se está en un supuesto de sucesión de normas en el que en virtud de lo prevenido en el artículo 2.2 del Código Civil, la norma posterior de igual o inferior rango deroga a la anterior. 4.° Porque los acuerdos alegados no son convenios colectivos laborales a los efectos del artículo 37.1 de la Constitución , y en el marco de la relación estatutaria, en el que están encuadrados los actores, no rigen los principios de ordenación de las fuentes del Derecho de trabajo.

Cuarto: Lo expuesto pone en claro que la doctrina de la sentencia recurrida está ajustada a Derecho y, en su consecuencia, como informa el Ministerio Público, el recurso debe ser desestimado.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por doña Trinidad contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de abril de 1991, en el recurso de suplicación interpuesto por el Institut Cátala de la Salut contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 13 de Barcelona, dictada en fecha 16 de febrero de 1990, en autos seguidos a instancia de la aquí recurrente contra el mencionado Instituto.

Devuélvanse a la Sala de lo Social de procedencia el rollo de suplicación y los autos de instancia, junto con certificación de esta sentencia, para su ejecución y cumplimiento.

ASI, por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Aurelio Desdentado Bonete. Leonardo Bris Montes. Enrique Álvarez Cruz. Víctor Fuentes López. Juan Antonio del Riego Fernández. Rubricados.

Publicación: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr don Leonardo Bris Montes, celebrando audiencia pública en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el día de la fecha, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

12-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE JUNIO DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Federación Estatal de Sindicatos de Banca, FESIBAC (CGT), formuló ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de CONFLICTO COLECTIVO, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare nula la decisión de la Empresa de suprimir las Colonias veraniegas, y en consecuencia se reinstauren las mismas. El acto de intento de conciliación ante la Subdirección General de Mediación, Arbitraje y Conciliación se celebró SIN AVENENCIA.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la parte demandada.

TERCERO.- Con fecha 1 de julio de 1991, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "Que debemos estimar y estimamos la demanda interpuesta por C.G.T., frente a BANESTO sobre Conflicto Colectivo declaramos la nulidad del acuerdo adoptado por la demandada de suprimir las Colonias Infantiles de verano para hijos de empleados debiendo restaurarse las mismas".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1.- BANESTO tenía establecidas unas colonias infantiles en diversos puntos de

España para los hijos de los empleados comprendidos entre los nueve y los catorce años. 2.- Dichas colonias comenzaron en el año setenta y se han desarrollado todos los veranos en turnos de 15 días.

3.-En el año noventa la empresa ha suprimido tales colonias. 4.- Estas colonias eran financiadas exclusivamente por el Banco demandado. 5.- El Club BANESTO es una entidad recreativa cultural con personalidad jurídica propia y a la que sólo pueden pertenecer los empleados de la patronal demandada y se financia por aportaciones de ésta y de los socios.

QUINTO.- Preparado el recurso de casación por BANESTO, se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 14 de noviembre de 1991, en el que se consigna como motivo UNICO.- Al amparo del apartado e) del art. 204 del T.A.L.P.L. por cuanto la sentencia de instancia incurre en infracción, por violación, del art. 3º c) de la Ley de 10 de marzo de 1980 de Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO.- La parte recurrida no evacua el traslado de impugnación.

Emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar improcedente el recurso, se declararon conclusos los autos y se señaló para la vista, votación y fallo el día 3 de junio de 1992; lo que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La Federación Estatal de Sindicatos de Banca ha interpuesto demanda de Conflicto Colectivo pretendiendo que el disfrute de una mejora social por parte de los trabajadores, en forma ininterrumpida desde el año 1970, consistente en la participación de sus hijos en colonias veraniegas con cargo económico a la entidad empresarial bancaria, constituye una condición más beneficiosa que no puede ser revocada unilateralmente por el empleador demandado; máxime cuando dicho beneficio no ha sido compensado ni absorbido por otro de igual o parecida naturaleza; niega, a la vez, tal posibilidad neutralizadora al llamado "Club Banesto", entidad con fines recreativos, a la que pueden pertenecer optativamente los trabajadores, que tiene personalidad jurídica propia diferente del Banco demandado. En consecuencia, solicita

que se declare nula la decisión de suprimir las colonias veraniegas y se reinstauren las mismas.

La sentencia de instancia, en armonía con el informe de la Dirección General de Trabajo, ha estimado la pretensión actora, tras constatar, como hechos probados, que Banesto tenía establecidas, desde el año 1970, unas colonias veraniegas, financiadas exclusivamente por el Banco, que se han desarrollado todos los veranos en turnos de quince días para los hijos de sus empleados hasta que fueron suprimidas en 1990 y que el Club Banesto es una entidad recreativa cultural con personalidad jurídica propia, a la que sólo pueden pertenecer los empleados de la patronal demandada, y que se financia con aportaciones de ésta y de sus socios.

Frente a la citada sentencia se ha interpuesto por la patronal recurso de casación que, amparada en el art. 204 e) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, formula en un único motivo, en el que se denuncia violación del artículo 3º c) del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- En síntesis, y sin atacar el relato histórico de la sentencia impugnada, sostiene la parte recurrente que las "colonias de verano" no pueden, en modo alguno, considerarse como una contraprestación percibida por los trabajadores como retribución de su actividad laboral, al ser expresiva de "una simple mejora social" para fomentar un buen clima laboral y que, por ello, no puede acceder a la conceptuación jurídica de condición más beneficiosa, ni incorporarse al contrato de trabajo por la vía del artículo 3º del Estatuto.

Subyace en toda condición más beneficiosa la existencia de una voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia; condición que pervive con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado. Es cierto que, conforme un criterio interpretativo consolidado -al que se refiere la sentencia de esta Sala de 9 de noviembre de 1989- la condición examinada se

funda en los artículos 9.2 de la Ley de Contrato de Trabajo y 3.1.c)del Estatuto de los Trabajadores, y que, a salvo de supuestos especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes en el mismo conduzcan a la conclusión contraria, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute en el tiempo, al nexo contractual, de forma que aquella no puede ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario. Pero tal conformación de la condición más beneficiosa en un sistema de fuentes del derecho del trabajo y, concretamente, en el contrato de trabajo no autoriza a pensar que su contenido corresponda a las prestaciones y condiciones típicas de tal relación contractual. El origen de la condición más beneficiosa, que, frecuentemente, se asienta en usos generales, prácticas empresariales, pactos, etc., cuyo destinatario es un grupo de trabajadores -y aunque su fuerza obligatoria sea la propia del contrato de trabajo en el que se integran las reglas surgidas de aquellos diversos actos- permite que su contenido se extienda más allá de las condiciones laborales para "regular" mejoras sociales de los trabajadores o sus familias, que, en cierto modo, no responden a un contenido estrictamente económico. Así la práctica judicial ha considerado como condición más beneficiosa la prestación del servicio de cafetería-restaurante instaurado por la empresa a favor de sus trabajadores (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 19 de septiembre de 1989); la instauración de un economato para sus trabajadores y familia (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo, de 8 de julio de 1983 y de 27 de enero de 1988) o la utilización gratuita de las fotocopiadoras de la empresa por el Comité de Empresa (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 3 de diciembre de 1986). Es cierto, como sostiene la parte recurrente, que, en algún supuesto específico, y particularmente en materia de las cestas u obsequios que la empresa entrega, con motivo de las fiestas navideñas a sus trabajadores, se ha declarado judicialmente, (entre otras, Sentencia Tribunal Central de Trabajo de 15 de octubre de 1984) que tal beneficio social no tiene el carácter de condición más beneficiosa, pero la "ratio decidendi" de aquellas normas no consiste en la imposibilidad de que dicha condición recaiga sobre beneficios sociales, sino más bien en la inexistencia de un acto

empresarial, configurador de la misma, que, más allá de una situación meramente tolerada o consentida, revele una voluntad de crear definitivamente una ventaja patrimonial a incorporar, definitivamente, en el nexo laboral. El resultado de simple condescendencia empresarial, que, consecuentemente, no generan derecho alguno a favor de los trabajadores, late igualmente, en los supuestos también invocados por el recurrente de supresión de suministro gratuito de energía eléctrica que venía otorgando la empresa y del premio de constancia establecido en un Reglamento de Régimen Interior (Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 6 de octubre de 1987 y de 23 de junio de 1975).

El principio básico de derecho laboral -Sentencias de esta Sala de lo Social de 20 de abril de 1966, 15 de marzo de 1974 y 1 de julio de 1988- de que las condiciones más beneficiosas se incorporan al correspondiente nexo de trabajo y sean respetadas como deuda adquirida en tanto subsista la oportuna relación laboral y no intervenga el fenómeno neutralizador, únicamente conduce a fundamentar la eficacia obligatoria de aquella condición en la "fuente" del contrato individual de trabajo, pero no delimita cuál sea el contenido de aquella condición, que, como más favorable, se reconozca al trabajador, que puede venir referido no estrictamente a la esfera laboral, sino también, como en el caso enjuiciado, a la social. Opinar lo contrario sería tanto como negar, que la autorregulación -que también, ex artículo 3.c) del Estatuto de los Trabajadores, es fuente del derecho laboral- pueda normar, con sujeción a la ley, materias sociales, aunque con el límite, que así se ha convertido en cláusula de estilo de "respetar las situaciones personales que en su conjunto sean superiores a las establecidas en Convenio, que se mantendrán exclusivamente "ad personam".

En definitiva, pues, debiendo pervivir la condición litigiosa, en tanto no ha sido compensada en virtud de pacto o normativa posterior más favorable, y sin que el fenómeno neutralizador pueda apoyarse en la creación del Club de clientes, entidad con propia personalidad jurídica, distinta del Banco demandado, se impone la desestimación del recurso, sin hacer expresa imposición de costas procesales.

FALLO:

Desestimamos el recurso de CASACION interpuesto por el BANCO ESPAÑOL DE CREDITO S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 1 de julio de 1991, en actuaciones seguidas por la FEDERACION ESTATAL DE SINDICATOS DE BANCA, contra dicha entidad bancaria.

Devuélvanse las actuaciones a LA Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

13-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 1992

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La FEDERACION ESTATAL DE TRANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES de U.G.T., formuló ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de CONFLICTO COLECTIVO, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando "se dicte sentencia en la que se declare: 1º.- Que es nulo y se deja sin efecto lo dispuesto en el punto 1 letras d) y e), del apartado I de la Instrucción R.L. 1/90, en cuanto que establecen la compensación al trabajador que prolonga su jornada por desplazamientos desde el centro de trabajo al lugar donde se efectúe el mismo o guardias centralizadas en localidad distinta a la de su residencia con aplicación de la Normativa Laboral de TESA y a la legislación laboral vigente corresponde su abono con una retribución equivalente a un 175% sobre el valor del salario que corresponda a una hora ordinaria, o bien compensarla con tiempo de descanso retribuido, a razón de 1 hora 45 minutos por cada hora de exceso, previo acuerdo de los trabajadores con la Dirección. 2º.- Que es nulo y, por tanto, se deje sin efecto, lo dispuesto en el punto 3.2 del apartado I de la Instrucción R.L. 1/90, en lo relativo a la jornada reducida de 4 horas, por cuanto vulnera lo dispuesto por el art. 117 de la Normativa Laboral de TESA

que en ningún caso fija preferencias a la hora de tener derecho a obtener derecho a la jornada reducida; ni fija un límite de un año en la duración de la jornada reducida; ni determina más causa de cese en la jornada reducida que la petición del trabajador con 15 días de antelación.

3º.- Que es nulo y, por lo tanto, se deje sin efecto, lo dispuesto en el punto 4.3, del apartado I de la Instrucción R.L. 1/90, por cuanto vulnera lo dispuesto en los arts. 229 y 230 de la Normativa Laboral de TESA que no distinguen entre jornada continuada o partida, a la hora del otorgamiento de los descansos o pausas a los que tienen derecho los trabajadores que prestan sus servicios en vídeo-terminales y en pantallas de visualización.

4º.- Que es nulo y, por tanto, se deje sin efecto, lo dispuesto en el punto 8.c) del apartado I de la Instrucción R.L. 1/90 de TESA, por cuanto vulnera lo dispuesto en los arts. 117 y 118 de la Normativa Laboral de TESA que no disminuyen, proporcionalmente a la jornada reducida del trabajador, su derecho a la concesión de una reducción de 2 horas en la jornada laboral durante 5 días al año por fiestas locales. 5º.- Que es nulo y, por tanto, se deje sin efecto, lo dispuesto en el punto 6.2.1 del apartado I de la Instrucción R.L. 1/90, por cuanto vulnera lo dispuesto en el art. 111 de la Normativa Laboral de TESA que mantiene, con carácter general, los sábados como día de descanso semanal para toda la plantilla de TESA, salvo los supuestos especiales e indispensables que figuran en ese art. 111. El acto de intento de conciliación ante la Subdirección General de Mediación Arbitraje y Conciliación se celebró SIN AVENENCIA.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 12 de julio de 1990, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: "Que debemos estimar y estimamos en parte la demanda de FETT-UGT contra TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.

y debemos declarar y declaramos que: a) El tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar donde se ordena la prestación de servicios, así como su regreso, es jornada de trabajo a todos los efectos, por lo que, si con ello se prolonga la jornada normal, debe compensarse o remunerarse como "extraordinaria" y no "a prorrata". b) No así el desplazamiento desde el domicilio y hasta el domicilio con motivo de las "guardias centralizadas", suficientemente compensado "a prorrata".

c) La jornada reducida solo puede ser denegada mediante pacto con los representantes de los trabajadores o con las Secciones de los Sindicatos más representativos; y, una vez concedida, tiene como única causa de terminación la voluntad del trabajador. d) Las pausas y descansos de quienes trabajan a jornada completa ante video-terminales o pantallas de visualizador son los mismos cuando la jornada sea continuada o cuando sea partida. e) La libranza de los cinco días de fiestas locales se concederá proporcionalmente a los trabajadores con jornada reducida. f) Los sábados son días laborables a todos los efectos, salvo los feriados sin perjuicio de que durante ellos pueda disfrutarse de descanso semanal. Y debemos desestimar y desestimamos la demanda en cuanto sus pretensiones excedan de los anteriores pronunciamientos".

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1.- La empresa demandada viene rigiendo sus relaciones laborales por la denominada "Normativa Laboral", que recoge los preceptos reglamentarios y de Convenios Colectivo subsistentes según han convenido las Comisiones negociadoras de los sucesivos Convenios Colectivos de la empresa, que así han formulado un texto único avalado por la voluntad de las partes sociales. El texto literal de dicha Normativa aparece incorporado al proceso, por lo que se tiene por reproducido en aras de la brevedad. 2.-Por su iniciativa y decisión, la propia empresa ha elaborado, a través de su departamento de Relaciones Laborales una Instrucción R.L. 1/90 sobre Jornada Laboral, cuyo texto igualmente incorporado al proceso se tiene por reproducido, especialmente en los apartados de la misma objeto de impugnación, sin perjuicio de su expresión literal cuando se razone sobre cada uno de los que son contenido del litigio.

QUINTO.- Preparado recurso de casación por TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., se ha formalizado ante esta Sala, mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 1991, y entrada en el Registro General del Tribunal Supremo al siguiente día 21. En él se consignan los siguientes motivos: PRIMERO.- Al amparo de la letra e) del art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral vigente.- Infracción por interpretación errónea del art. 34.3 del Estatuto de los trabajadores y del art. 109 de la Normativa Laboral de Telefónica (obrante en autos), en relación con el art. 85 de la misma Normativa.

SEGUNDO.- Al amparo de la letra e) del art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral.- Infracción por interpretación errónea del art. 117 de la Normativa Laboral de Telefónica, en relación con el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 1256 del Código Civil. TERCERO.- Al amparo de la letra e) del art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral.- Infracción por interpretación errónea de los arts. 229 y 230 de la Normativa Laboral de Telefónica.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación de la parte recurrente, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos y se señaló para vista, votación y fallo el día 12 de junio de 1992; lo que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Según recogen los indebatidos hechos probados las relaciones laborales en la empresa de autos se vienen regulando por la llamada "normativa laboral" que recoge en un texto único, avalado por la voluntad colectiva de los interlocutores sociales, los preceptos reglamentarios y de Convenios Colectivos subsistentes. A su vez, por propia iniciativa y decisión, la empresa ha establecido, a través de su Departamento de Relaciones Laborales, la Instrucción R.L. 1/90 sobre Jornada Laboral. La demanda de conflicto colectivo se ha planteado, precisamente, al entender, la parte social, que existe disconformidad en ciertos puntos, entre Normativa e Instrucción y la pretensión ha sido acogida parcialmente. Frente a la sentencia se interpone por la empresa recurso de casación, que formaliza al amparo del artículo 204 e) del T.A.L.P.L., en tres motivos, en los que, respectivamente denuncia infracción por interpretación errónea del artículo

34.3 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 109 de la Normativa Laboral de Telefónica en relación con el artículo 85 de la misma normativa -primero-; del art. 117 de la Normativa Laboral de Telefónica, en relación con el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 1256 del Código Civil -segundo- y de los artículos 229 y 230 de la Normativa Laboral de Telefónica -tercero-.

SEGUNDO.- El primer problema, de naturaleza previa, que debe resolverse es el referente al valor y eficacia jurídica de las "Normativas Laborales" aprobadas por la Comisión Paritaria en virtud de la delegación contenida en la cláusula 20 del Convenio Colectivo de la empresa de 1987 (B.O.E. de 13 de agosto) -que atribuye a tal Comisión, entre otras funciones, "el estudio y aprobación de la refundición de las normas laborales aplicables en la Compañía: Reglamentación Nacional de Trabajo, Reglamento de Régimen interior y Convenios Colectivos que no hayan sido derogados", añadiendo que "el texto refundido, una vez aprobado, tendrá la misma fuerza y efectividad que si hubiera sido acordado en un Convenio Colectivo" y, previendo, también, una intervención arbitral para resolver las discrepancias que pudieran surgir en la refundición-, en relación con la cláusula 19 del Convenio de 1989 (B.O.E. de 16 de octubre), que encomienda a la misma Comisión la actualización con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 del Texto Refundido de la Normativa Laboral.

La cuestión ya ha sido examinada recientemente por esta Sala, en sentencia de 7 de mayo de 1982, la que, con cita de la sentencia de la misma Sala de 27 de noviembre de 1991, niega valor de norma jurídica a "esta normativa laboral, aprobada por un órgano que limita sus atribuciones a la administración del Convenio e integrado en un texto no acordado por el procedimiento previsto en el Estatuto de los Trabajadores y que no ha sido objeto de publicación oficial".

En su consecuencia, la citada sentencia concluye que al no formar parte la expresada Normativa del ordenamiento jurídico "no le es aplicable el principio "iura novit curia" y la denuncia de su desconocimiento no puede fundamentar un motivo de casación amparado en el apartado e) del artículo 204 de la Ley de Procedimiento Laboral, que ha de fundarse en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico,

que comprenden, desde luego, los convenios colectivos, pero no los actos de la administración del Convenio que sólo tienen prevista su inscripción en el correspondiente registro... no su publicación".

TERCERO.- La "Normativa Laboral", pues, en cuanto no ha sido confeccionada mediante el procedimiento y con los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, no tiene la naturaleza de fuente objetiva del ordenamiento laboral, careciendo de la eficacia normativa -artículo 37.1 de la Constitución y 3.1 y 82.1 del Estatuto de los Trabajadores- que el ordenamiento jurídico concede a los Convenios estatutarios, y sin que sea posible como afirma la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 58/1985 de 30 de abril "asimilar las relaciones entre Ley y Convenio a las que se instauran entre norma delegante y norma delegada". Siendo ello así, y como el motivo segundo, únicamente alega infracción del artículo 117 de la repetida "Normativa", y preceptos generales sobre la eficacia del Convenio Colectivo -artículo 3 del Estatuto y 1256 del Código Civil; carácter normativo del que carece, como se ha expuesto-, sin referencia alguna a infracción concreta del precepto de la Reglamentación de Trabajo, de Convenios Colectivos vigentes o de disposiciones laborales específicas, el motivo incurre en causa de inadmisión al incumplir de manera manifiesta e insubsanable -artículo 210 de la Ley de Procedimiento Laboral-el requisito, exigido por el artículo 204 e) de tal Ley procesal, de fundar el motivo en "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Causa de inadmisión, -por incumplimiento de tal carga procesal de la parte, que no puede ser suplida por el órgano judicial avocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75 de la repetida ley adjetiva- que, en la fase actual del recurso, actúa como causa de inadmisión. Por idéntico razonamiento es de rechazar el motivo tercero, que aduce, meramente, infracción de los artículos 229 y 230 de la Normativa Laboral de Telefónica.

CUARTO.-En cuanto al motivo primero, el artículo 34.3 del Estatuto de los Trabajadores, que se dice infringido, preceptúa que "el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se

encuentre en su puesto de trabajo". Alega el recurrente que la sentencia recurrida ha violado tal precepto al declarar que "el tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar donde se ordene la prestación de servicios, así como su regreso, es jornada de trabajo a todos los efectos, por lo que debe compensarse como extraordinaria y no "a prorrata".

No se concibe en que forma y manera dicha declaración puede violar el precepto estatutario citado. La hora extraordinaria descansa sobre un primer soporte conceptual: tiene tal consideración aquella que, sobrepasando la jornada máxima legal o convencional, responde a una tarea ocupacional con existencia real, efectiva y actual; es decir que lo excluido por el mencionado concepto son diversos supuestos de hora de disponibilidad, cual las horas de mera presencia física y ausencia localizable -sentencias de 27 de mayo y 19 de octubre de 1982-, como ocurre en las "guardias médicas" -sentencia de 14 de marzo de 1985- o Servicios Públicos que no toleran interrupción -sentencia de 5 de junio de 1982, respecto de los bomberos- u otros -artículo 43 R.D. 2001/83 en relación a los empleados en fincas urbanas, trabajadores del campo, transportistas etc.-, en los que la retribución correspondiente suele ser la propia del trabajo ordinario. En el caso enjuiciado no se hace referencia a un "tiempo de disponibilidad", ni tampoco -como se pretende en el desarrollo del motivo- a un "tiempo de desplazamiento", a compensar como plus de distancia, según la Orden Ministerial de 10 de febrero de 1958. Existe, de contrario, un verdadero y real trabajo efectivo, bien sea porque en los propios términos del punto I, letra d) del apartado I de la Instrucción R.L. 1/90, el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar la actividad concreta ordenada en un determinado lugar "fuera de la jornada laboral", ya porque esta se prolonga "por desplazamiento desde el centro de trabajo al lugar en que se efectúe el mismo" QUINTO.- En virtud de lo expuesto es de desestimar el recurso, sin expresa imposición de costas procesales, conforme autoriza el artículo 232.2 de la Ley Procesal Laboral.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLO:

Desestimamos el recurso de CASACION interpuesto por TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de fecha 12 de julio de 1991, en actuaciones seguidas por la FEDERACION ESTATAL DE TANSPORTES Y TELECOMUNICACIONES DE U.G.T., (F.E.T.T.-U.G.T), sobre CONFLICTO COLECTIVO; sin hacer declaración expresa sobre costas procesales.

Devuélvanse las actuaciones a la Audiencia Nacional, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

14-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 1993

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-La Federación de Transportes, Comunicaciones y el Mar y el Sindicato de Teléfonos de Comisiones Obreras formularon demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dictase sentencia por la que se declarase, a efectos del cómputo del Plus de Antigüedad y Premio de Fidelidad, la fecha de ingreso al curso de formación y capacitación.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose la empresa demandada y adhiriéndose a la demanda la Unión General de Trabajadores, según consta en acta. Y recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 17 de septiembre de 1991, se dictó sentencia por la Audiencia Nacional, cuya parte dispositiva dice: " FALLAMOS: Que estimando la demanda interpuesta por Federación de Transportes, Comunicaciones y el Mar, y Sindicato de Teléfonos de Comisiones Obreras contra Telefónica de España S.A., Unión General de Trabajadores, Comité Intercentros de Telefónica, Unión Telefónica Sindical y Sindicato Asambleario de Trabajadores de Telefónica, debemos declarar y declaramos que a las telefonistas que en los años 1963 a 1973 realizaron cursillos de capacitación o formación y accedieron sin solución de continuidad a la condición de telefonistas fijas de plantilla de la empresa demandada, se les compute desde el mes de mayo de 1991 el tiempo empleado en cursos de capacitación o formación, a efectos del cómputo del plus de antigüedad y del premio de fidelidad."

CUARTO.- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1.- El conflicto colectivo afecta a todas las telefonistas que actualmente prestan servicios a la TESA, y que previamente a su integración en la plantilla, realizaron cursillos de capacitación o formación en los años 1963 a 1973, ambos inclusive, sin solución de continuidad en tales situaciones.- 2º.- los aspirantes a telefonistas, una vez superadas ciertas pruebas médicas, psicotécnicas y de cultura general, comenzaban un cursillo de capacitación o formación.- 3º.- Dichos cursillos tenían una duración de 6 meses y la actividad de las cursillistas, desarrollada toda ella en las dependencias de la empresa demandada y con sujeción a sus órdenes e instrucciones, comprendía en cada jornada dos horas de enseñanzas teóricas y cinco de labores idénticas a las desempeñadas por las restantes telefonistas de plantilla, aunque bajo la supervisión de una monitora.- 4º.- Las cursillistas percibían, durante los seis meses que duraba el cursillo, unas denominadas dietas de escolaridad, que se equiparaban en su cuantía al salario mínimo interprofesional, y no estaban afiliadas a la Seguridad Social.- 5º.- Finalizado el cursillo, las aspirantes a telefonistas eran sometidas a una prueba que, superada, posibilitaba su integración en la plantilla de la empresa sin solución de continuidad.- 6º.- La empresa demandada no computa el tiempo de los cursillos de capacitación o formación a efectos de calcular el plus de antigüedad y el premio de fidelidad."

QUINTO.- Contra expresada resolución se preparó recurso de casación a nombre de Telefónica S.A.

Recibidos y admitidos los autos en esta Sala, por su Procurador en escrito de fecha 25 de mayo de 1992 se formalizó el correspondiente recurso autorizándolo y basándolo en los siguientes motivos: Primero: Al amparo del apartado d) del artículo 204 de la Ley de Procedimiento Laboral, pretendiéndose la revisión de hechos probados en base a documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del juzgador.- Segundo: Al amparo del artículo 204.e) de la Ley de Procedimiento laboral por aplicación indebida del artículo 80 de la Normativa laboral de Telefónica de 4.5.90 en relación con el artículo 6 del mismo texto.- Tercero: Al amparo del artículo 204.e) de la ley de Procedimiento Laboral por aplicación indebida del artículo 207 de la Normativa Laboral de Telefónica, en relación con los artículos 6 y 36 del mismo texto.- Cuarto: Al amparo del artículo 204.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción por no aplicación del artículo 36 de la Normativa Laboral de Telefónica en relación con el artículo 34 de la Reglamentación Nacional de Trabajo, aprobada el 10.11.58.- Quinto: Al amparo del artículo 204.e) de la ley de Procedimiento Laboral por infracción por aplicación indebida de la cláusula 19.2 del Convenio Colectivo de TESA para los años 1991 y 1992.-

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por las partes recurridas y personadas y habiéndose dado traslado al Ministerio Fiscal, a fin de que informara sobre la procedencia o improcedencia del recurso, éste emitió dictamen estimando improcedente el recurso, e instruido el Excmo.

Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para vista el día 7 de julio de 1993 en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en fecha 17 de septiembre de 1991, estimó íntegramente la demanda formulada por Federación de Transportes, Comunicaciones y el Mar, Sindicato de Teléfonos de Comisiones Obreras, declarando y acordando que "a las

telefonistas que en los años 1963 a 1973 realizaron cursillos de capacitación o formación, y accedieron sin solución de continuidad a la condición de telefonistas fijas de plantilla de la empresa demandada, se les compute desde el mes de mayo de 1991 el tiempo empleado en cursos de capacitación o formación, a efectos del cómputo del plus de antigüedad y del premio de fidelidad". Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación la empresa demandada, "Telefónica de España S.A.", articulando cinco motivos, uno de ellos de revisión de hechos, al amparo del artículo 204.d) de la Ley de Procedimiento laboral, y los restantes de censura jurídica, al amparo del artículo 204.e) del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Con el primero de los motivos se postula la modificación del ordinal tercero del relato histórico en el sentido que se expresa a continuación. Se afirma en dicho texto que los llamados cursillos de capacitación o formación tenían una duración de seis meses y que la actividad de los cursillistas se desarrollaba en las dependencias de la propia empresa, con sujeción a sus órdenes e instrucciones, comprendiendo en cada jornada dos horas de enseñanzas teóricas y cinco de laborales, expresando a continuación que estas últimas eran "idénticas a las desempeñadas por las restantes telefonistas de plantilla, aunque bajo la supervisión de una monitora". Pues bien, lo que pretende la parte recurrente es la supresión de este último texto que se ha transcrito entre comillas, alusivo al contenido de las cinco horas laborales o de prácticas. Se invocan como documentos fundamentadores de la rectificación pretendida los unidos a los autos, obrantes a los folios 51, 52 y 55. El primero es relativo a "las condiciones precisas para ingresar como alumna aspirante a telefonista", con expresa referencia al llamado "cursillo de capacitación", y en él se dice que éste se realizará una vez superados el examen y reconocimiento médico, no habiendo de tener duración superior a seis meses, "durante cada uno de los cuales podrán ser eliminadas (las aspirantes) por falta de asistencia o puntualidad, de aprovechamiento, por el comportamiento o por carecer de alguna de las aptitudes necesarias para el desempeño de la función de telefonista"; se dice igualmente que durante el mismo las aspirantes percibirán una compensación por escolaridad, "no alcanzándoles ... ningún derecho propio de los empleados de la Compañía", y que "a partir de la fecha de su inclusión en

plantilla, percibirán los haberes que fije la Reglamentación de Trabajo en vigor". El segundo documento lleva por título "curso teórico práctico de capacitación para alumnas aspirantes a telefonistas" y en él, como subraya la parte recurrente, se dice que las prácticas se harán "en forma tal que, sin entorpecer el servicio, vayan (las alumnas) paulatina y progresivamente adquiriendo la soltura necesaria para su formación profesional". El tercero de los documentos es complementario del anterior, y consiste en un simple impreso para la calificación. Habiéndose dado traslado a la parte demandante de la documental aportada de contrario, nada dijo aquélla sobre los documentos que acaban de mencionarse, por lo que cabe razonablemente entender tal silencio como aquiescencia al contenido de los mismos. Mas en todo caso carecen de valor contradictorio respecto del ordinal histórico combatido, pues su propio contenido, relativo al significado y naturaleza del curso, no excluye la realización de éste en la forma expresada en el texto que se impugna, es decir mediante la realización de las labores propias de las demás telefonistas, bien que, por su propia condición de aspirantes, bajo supervisión de una monitora.

Procede, por todo ello, el rechazo del primero de los motivos del recurso.

TERCERO.- Los restantes motivos se formulan al amparo del artículo 204.e) de la Ley de Procedimiento Laboral, referido a "(la) infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate". Se alega a tal fin en los motivos segundo, tercero y cuarto la aplicación indebida de determinados artículos de la llamada Normativa Laboral de Telefónica, concretamente, los artículos 80 (en relación con el artículo 6), 207 (en relación con los artículos 6 y 36), y el artículo 36 (en relación con el artículo 34 de la Reglamentación Nacional del Trabajo, aprobada el 10 de noviembre de 1958). Tales motivos han de ser desestimados ya que las disposiciones que invoca la parte recurrente como infringidas carecen de valor normativo, a los fines del presente recurso de casación, según se expone seguidamente.

CUARTO.- Se dice en la cláusula final del texto que contiene la indicada Normativa laboral de Telefónica, aportada a los autos, que "el presente texto refunde

todas las normas contenidas en la Reglamentación Nacional de Trabajo, Reglamento de Régimen Interior y Convenios Colectivos que, por tanto, quedan derogados". Se refieren a esta Normativa las sentencias dictadas por esta Sala en las fechas de 7 de mayo y 24 de junio de 1992. En ellas se alude explícitamente a la aprobación de la misma por una Comisión Paritaria en virtud de la delegación contenida en la cláusula 20 del Convenio Colectivo de la empresa de 1987 que atribuía a aquélla, entre otras funciones, "el estudio y aprobación de la refundición de las normas laborales aplicables en la Compañía", añadiendo que "el texto refundido, una vez aprobado, tendrá la misma fuerza y efectividad que si hubiera sido acordado en un Convenio Colectivo", y previendo asimismo una intervención arbitral para resolver las discrepancias que pudieran surgir en la refundición. Planteado el tema relativo a su valor y eficacia, afirma la precitada sentencia de 7 de mayo de 1992, en texto luego reiterado por la de 14 de junio del mismo año, que "esta Normativa laboral, aprobada por un órgano que limita sus atribuciones a la administración del convenio e integrada en un texto no acordado por el procedimiento previsto en el Estatuto de los Trabajadores, y que no ha sido objeto de publicación oficial, carece de valor propiamente normativo, teniendo sólo una eficacia accesoria o puramente instrumental, en su caso, como sistematización o aclaración del conjunto de las regulaciones sectoriales vigentes en la empresa". Ciertamente no puede desconocerse, una vez publicado el Convenio Colectivo para 1991/1992, que éste contiene explícito reconocimiento de la cuestionada Normativa ya que, además de establecer concretas rectificaciones en el texto de determinados artículos de ella, dispone en su cláusula 18 que "la Normativa Laboral de Telefónica de España S.A. se modificará para incluir lo dispuesto en el presente Convenio", y que "el texto refundido de Normativa Laboral aplicable en la Empresa como Norma sustituye a la Reglamentación Nacional de Trabajo, Reglamento de Régimen Interior y cláusulas vigentes de Convenios Colectivos, gozará de plena eficacia y validez a todos los efectos, procediéndose por tanto a su registro y publicación en los términos señalados en el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores". Ahora bien, no se ha dado cumplimiento a todas las previsiones de dicha cláusula, pues no se publicó el referido Texto Refundido en el Boletín Oficial del Estado, lo cual impide la aplicación del

principio "iura novit curia", y le priva de presunción de validez y, en especial, de específico valor normativo. Por ello la supuesta infracción o desconocimiento de tal texto no puede servir para fundamentar un motivo de casación al amparo del artículo 204.e) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral, que se refiere a infracción de "normas del ordenamiento jurídico" o de la jurisprudencia. En consecuencia, como queda ya indicado, deben desestimarse los mencionados motivos segundo, tercero y cuarto del recurso.

QUINTO.- Con el quinto de los motivos del recurso se alega, como infracción legal, la aplicación indebida de la cláusula 19.2 del Convenio Colectivo de Telefónica de España S.A. para los años 1991 y 1992. Establece dicha cláusula, en los particulares que interesan a los fines de este recurso, que a efectos de antigüedad, incluido el Premio de Servicios Prestados, "en el plazo máximo de seis meses se revisará la fecha de ingreso en Telefónica de todos aquellos empleados fijos a la fecha de la firma del presente Convenio que hubieran prestado servicios con contratos temporales y hubieran perdido días de antigüedad como consecuencia de cambios de modalidad del contrato temporal o incorporación a cursos de formación previstos en Convocatorias en las que obtuvieron su condición de fijos, cuando ambas situaciones se produjeron sin solución de continuidad". El motivo impugnatorio debe rechazarse aun entendiendo referido tal texto, como señala la parte recurrente, a quienes (amén de otras circunstancias) "hubieran prestado servicios con contratos temporales". A este respecto, y para fundamentar la desestimación del motivo, debe advertirse que la sentencia impugnada no basa la estimación de la demanda en la meritada cláusula, que acaba de transcribirse: a ella se refiere en el fundamento jurídico cuarto a los exclusivos fines de reforzar (como expresamente se dice en el texto de la sentencia) los argumentos empleados con anterioridad. Es decir, el pronunciamiento estimatorio de la demanda se sustenta sobre la argumentación jurídica expresada en los fundamentos de derecho segundo y tercero, conforme a los cuales la actividad práctica desarrollada en los cursillos de capacitación ha de computarse a los fines interesados en la demanda, ya que constituye una efectiva y real prestación de servicios, objeto de retribución, y desarrollada dentro del círculo rector y organicista de la empresa. Sólo como argumento suplementario (nunca como

argumento decisivo y necesario) se alude después a la mencionada cláusula del Convenio Colectivo para 1991/1992 por la relevancia que reconoce, a efectos de antigüedad en los supuestos que contempla, a "(la) incorporación a cursos de formación previstos en Convocatorias en las que obtuvieran (los interesados) su condición de fijos".

SEXTO.- Como consecuencia de los razonamientos anteriores procede la desestimación del recurso de casación, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, sin condena en costas (artículo 232.2 de la ley de Procedimiento Laboral), y habiendo de perder la parte recurrente el depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal (artículo 214 de la misma Ley).

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina promovido por el Procurador D.

Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en nombre y representación de TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., contra la sentencia de fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa y uno, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos nº 125/91 seguidos a instancia de la Federación de Transportes, Comunicaciones y el Mar y Sindicato de Teléfonos de Comisiones Obreras contra Telefónica de España S.A., Unión General de Trabajadores, Comité Intercentros de Telefónica, Unión Telefónica Sindical y Sindicato Asambleario de Trabajadores de Telefónica, sobre conflicto colectivo. Sin condena en costas. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo.

Sr. Magistrado D. Pablo Manuel Cachón Villar hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

15-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE JUNIO DE 1998

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El 16 de julio de 1.997 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, en los autos nº 113/97, seguidos a instancia de dicha recurrente contra AAAAAAAA, S.L., sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha es del tenor literal siguiente: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. M.A.C.T.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, de fecha 3 de abril de 1.997, en autos nº 113/97, sobre despido, debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 3 de abril de 1.997, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- La actora M.A.C.T.P., con D.N.I. nº BBBBBBBB, presta sus servicios por cuenta de la empresa "AAAAAAAA S.L.", con antigüedad de 16-11-96, categoría de recepcionista y salario de 58.388 ptas., mensuales con p.p.e. ----2º.- Suscribió en la indicada fecha de 16-11-96 contrato a tiempo parcial al 50% de la jornada, al amparo del Real Decreto 2317/93, en el que se consignó como causa al amparo del Real Decreto 2546/94 "acumulación de tareas", con duración hasta el 15-1-97.

3º.- El hotel en el que la actora prestaba sus servicios experimentó un cierto incrementó de la clientela en noviembre de 1.996, pero no consta mayores necesidades del servicio en diciembre de 1.996 y enero 1.997.

4º.- Mediante carta obrante en autos y que se da por íntegramente reproducida, se notificó a la interesada la terminación de su contrato con efectos de 15-1-97. En la misma fecha de 15 de enero, la actora, en presencia de otra trabajadora, la Sra. M., suscribió documento obrante en autos y que se da por íntegramente reproducido, en el que declaraba percibir 34.428 ptas. que le fueron efectivamente entregadas en el acto, en concepto de "liquidación definitiva y finiquito"... y que... "doy por percibidos todos los emolumentos que me pertenecen y pueden pertenecerme en el futuro, sin que tenga derecho a posterior reclamación o indemnización. ----5º.- Presentada papeleta de conciliación el 23-1-97, se intentó el acto sin efecto el 3-2-97, presentándose demanda el 10-2-97".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda presentada por la actora M.A.C.T.P., debo absolver y absuelvo a la empresa demandada "AAAAAAAA S.L." TERCERO.- El Letrado Sr. G.B., mediante escrito de 3 de octubre de 1.997, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de julio de 1.992 y 9 de septiembre de 1.993 y de Málaga de 5 de julio de 1.996. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 3.5, 15.3 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 9.2 del Real Decreto 2546/94, de 29 de diciembre y artículos 6.4 y 1282 del Código Civil.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 9 de octubre de 1.997, se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- En la mencionada providencia se concedió al recurrente un plazo de 10 días para que eligiera, entre las sentencias que invoca, una por cada materia de contradicción alegada, con la advertencia de que de no hacer dicha elección se

entenderá que opta por la más moderna. La parte designó como sentencia de contradicción la dictada en fecha 22 de julio de 1.992 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La actora suscribió un contrato a tiempo parcial por acumulación de tareas desde el 16 de noviembre de 1996 hasta el 15 de enero de 1997 y cuando la empresa le comunicó la terminación del contrato firmó el documento obrante al folio 54 de las actuaciones en el que declara haber percibido la cantidad de 34.423 pts. en concepto de "liquidación definitiva y finiquito, al cesar en la misma (la empresa demandada) por fin de contrato". El documento añade que "por la presenta liquidación doy por percibidos todos los emolumentos que me pertenecen y pueden pertenecerme en el futuro, sin que tenga derecho a posterior reclamación o indemnización", precisándose a continuación los conceptos liquidados que son las partes proporcionales de vacaciones, las pagas de verano y Navidad, así como determinadas cantidades por salario base, prolongación de jornada y plus de locomoción. La sentencia recurrida considera que, al no constar la concurrencia de vicio alguno del consentimiento y contener una declaración inequívoca de aceptar la extinción de la relación laboral, el documento tiene valor liberatorio, conforme a la doctrina de la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 1990, y con él se cierra la posibilidad de una acción por despido porque la relación se ha extinguido por mutuo acuerdo de las partes. La sentencia de contraste trata también de la extinción de un contrato temporal por vencimiento del término y el trabajador firmó "en el reverso de la nómina haber recibido de CCCCCCCC S.A. la cantidad de 209.309 ptas. mediante cheque del Banco DDDDDDDD, nº 069651-1 en concepto de liquidación y finiquito por finalización de contrato laboral, sin que quepa lugar a ninguna reclamación... por ningún concepto a la citada empresa, quedando con

este cheque todo liquidado". La sentencia de contraste no concede a este documento valor para excluir la reclamación por despido frente a un cese por vencimiento del término en una relación que ya se había convertido en indefinida.

SEGUNDO.- Niega la parte recurrida que exista la contradicción que se invoca y que ésta haya sido correctamente alegada en el escrito de interposición. Pero el escrito de interposición del recurso no se limita a reproducir los hechos probados de las sentencias, sino que examina estos hechos desde la perspectiva de la identidad de las controversias y la oposición de los pronunciamientos, determinando así suficientemente la contradicción.

Esta, que ha de centrarse en la valoración del documento de finiquito y no en las restantes puntos de la controversia, surge además, con claridad, del examen que se ha hecho en el fundamento anterior y si existieran diferencias entre las dos declaraciones actuarían en este caso a favor de la contradicción, pues el alcance de la declaración examinada en la sentencia de contraste es más amplio que el que se recoge en la sentencia recurrida.

TERCERO.- Establecida la contradicción, el recurso tiene que prosperar. El finiquito es, según el Diccionario de la Lengua española, "remate de cuentas o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas". Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. Aquí el problema se sitúa en el primer punto: la determinación exacta del contenido de la declaración de voluntad y en este sentido hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral. Como ha señalado tanto la jurisprudencia como la doctrina científica, el contenido del finiquito es variable y puede incorporar tanto un reconocimiento de que la relación laboral se ha extinguido, como la constatación del abono de la liquidación por las cuentas pendientes derivadas del desarrollo de la relación laboral y la conformidad con esa liquidación. Lo que sucede es que en el momento en que suele procederse a esta declaración -coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo-

existe un riesgo importante de que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario. La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de la prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes -normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos- coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste. Pero la aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo.

En realidad, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario. En cualquier caso, como señala la sentencia de 30 de septiembre de 1992, el acuerdo que se plasma en el finiquito "ha de estar sujeto a las reglas de interpretación de los contratos, que establecen los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados". Esta sentencia añade que para valorar el alcance de estos documentos hay que estar al valor que el "precepto ya mencionado da a la intención de los contratantes sobre las palabras, y a la prevención del artículo 1289, del nombrado Código, de que no deberán entenderse comprendidos en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron constatar".

CUARTO.- La aplicación de estos criterios interpretativos lleva en el presente caso a negar que el documento firmado por el trabajador suponga aceptación de la extinción del contrato de trabajo, pues los términos se concretan al reconocimiento del pago de la liquidación y, desde luego, a la conformidad con ésta, pero sólo respecto a las retribuciones que la trabajadora tendría derecho a percibir como consecuencia de la relación de trabajo a la que puso fin la denuncia empresarial del término. Es cierto que se reconoce que la liquidación se practica por el cese en la empresa. Pero esto es sólo el reconocimiento de una circunstancia que parte de la realidad y ejecutividad de la

decisión empresarial como determinante del saldo, sin que sea posible deducir una conformidad con aquélla. Y lo mismo cabe decir de la mención que da por percibidos todos los "emolumentos ...que puedan pertenecerme en el futuro", que es o una renuncia inválida a retribuciones futuras a devengar o, simplemente, una declaración, expresada sin acierto, de que no se tiene nada que reclamar en el futuro como retribución por el trabajo ya prestado.

Este es el criterio que la Sala viene aplicando a la interpretación de este tipo de finiquitos firmados al término de contratos temporales, como muestran las sentencias de 19 de junio de 1990, 6 de julio de 1990 y 29 de marzo de 1.993. En la sentencia de 6 de julio de 1.990 se dice que "dicho convenio liquidatorio hace referencia a las naturales secuencias del contrato de trabajo por tiempo determinado que, formal y aparentemente, vino vinculando a las partes litigantes, por lo que, declarada la nulidad e ineficacia de esa nota de temporalidad en la contratación de referencia, deviene consecuente la falta de virtualidad propia del correspondiente documento liquidador de dicha relación laboral".

Por otra parte, no cabe alegar la doctrina de la sentencia de 9 de abril de 1.990, que se dictó en un supuesto particular, en el que el finiquito se había firmado teniendo en cuenta "la promesa de la empresa de reconocer, en posterior acto de conciliación, la improcedencia del despido".

QUINTO.-- Debe, por tanto, estimarse el recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación estimando también el recurso de la actora y, dado el sentido de la sentencia de instancia, en la que ya se admite la ilegalidad del término contractual fijado, hay que revocar el fallo de esta sentencia y estimar la demanda para declarar el despido improcedente con las consecuencias que de ello se derivan conforme al artículo 56 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª M.A.C.T.P., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 16 de julio de 1.997, en el recurso de suplicación nº 745/97, interpuesto frente a la sentencia dictada el 3 de abril de 1.997 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Albacete, en los autos nº 113/97, seguidos a instancia de dicha recurrente contra AAAAAAAA, S.L., sobre despido. Casamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de la actora y, con revocación de la sentencia de instancia, estimamos la demanda y declaramos improcedente el despido de la actora y condenamos a la empresa AAAAAAAA S.L. a que la readmita o le abone una indemnización que (s.e.u.o.) se fija en 14.596 pts. Condenamos también a la demandada al abono en todo caso de los salarios dejados de percibir y al mantenimiento del alta en la Seguridad Social con las correspondientes cotizaciones desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, con aplicación, en su caso, del descuento que autoriza el inciso final del artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, si el trabajador hubiera encontrado otro empleo con anterioridad a esta sentencia y se prueba lo percibido para su descuento y todo ello sin perjuicio de que la empresa demandada pueda reclamar del Estado los salarios y las cotizaciones que excedan del límite de sesenta días en la forma prevista en el artículo 116 de la Ley de Procedimiento Laboral. La opción entre readmisión o indemnización deberá ejercitase mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días a partir de la notificación de esta sentencia, entendiéndose que procede la readmisión en caso de no ejercitarse la opción.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

16-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2000

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El 25 de junio de 1.999 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de junio de 1.998 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, en los autos nº 329/98, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la CONSEJERIA DE EDUCACION Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, el OBISPADO DE MALAGA y el MINISTERIO DE EDUCACION Y CULTURA, sobre declaración de derechos. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) es del tenor literal siguiente:

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación promovido por Dª A.M.G.Z., Dª M.A.C.M., Dª C.C.T., Dª R.M.D.M., D. E.O.M., Dª M.C.G.G., D. S.V.P., D. J.L.Y.I., Dª R.P.L., Dª M.J.R.R. y D. A.V.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Málaga y Provincia de fecha 26 de junio de 1.998 en autos seguidos a instancia de los recurrentes contra la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, el Ministerio de Educación y Cultura y el Obispado de Málaga en reclamación de derechos, con la consiguiente revocación en parte de la sentencia recurrida en el sentido de declarar que la relación laboral que une a los actores con la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía es de carácter ordinario, de duración temporal coincidente con año escolar, asimismo que la antigüedad y los salarios de los demandantes son los siguientes:

Dª A.M.G.Z., 15-9-93, 280.500 ptas.;

Dª M.A.C.M., 11-1-88, 293.434 ptas.;

Dª C.C.T., 1-20-92, 258.000 ptas.;

Dª R.M.D.M., 1-10-87, 290.100 ptas.;

D. E.O.M., 1-10-90, 290.190 ptas.;

Dª M.C.G.G., 7-1-87, 290.190 ptas.;

D. S.V.P., 1-12-88, 315.504 ptas.;

D. J.L.Y.I., 1-12-88, 290.180 ptas.;

Dª R.P.L., 1-2-88, 290.056 ptas.,

Dª M.J.R.R., 11-12-87, 283.535 ptas. y

D. A.V.A., 8-1-85, 296.727 ptas.,

Condenando a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía a estar y pasar por dicha declaración, confirmando la sentencia de instancia en el resto de sus pronunciamientos.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 26 de junio de 1.998, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, contenía los siguientes hechos probados:

Los actores, luego mencionados, mayores de edad y domiciliados en Sabinillas (Málaga) la Sra. M.A.C.M., en Alhaurín de la Torre (Málaga), el Sr. E.O.M., en Velez-Málaga (Málaga) la Sra. M.J.R.R. y en Málaga los ocho restantes, han sido designados para impartir la enseñanza de la religión católica en los años escolares y Centros Públicos de Educación Secundaria que a continuación se expresan, siendo la fecha de sus primeras designaciones y sus remuneraciones del último año las especificadas en la demanda, que se da por reproducida:

Dª A.M.G.Z., en el Instituto de Enseñanza Secundaria "Mar de Alborán" de Estepona (Málaga) durante los cursos escolares 93-94, 94-95, 95-96 y 96-97, y en el I.E.S. "Federico Jiménez Losantos" de Manilva (Málaga) durante los cursos 93-94 y 94-95;

Dª M.A.C.M., en el I.E.S. "Monterroso" de Estepona durante los cursos 88-89, 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98;

Dª C.C.T. en el I.E.S. "Sierra Almijara" de Nerja (Málaga) durante los cursos 92-93, 93-94, 94-95 y 95-96, en el I.E.S. "Reyes Católicos" de Vélez-Málaga durante el curso 92-93, en el Instituto de Formación Profesional "Juan de la Cierva" de Vélez-

Málaga en el curso 93-94, en el I.ES. "Los Manantiales" de Torremolinos (Málaga) en el curso 95-96, en el I.E.S. "Gerald Brenan" de Alhaurín de la Torre en el curso 96-97, en el I.E.S. "Barriada Belen" de Málaga en el curso 97-98 y en el I.E.S. "Emilio Prados" de Málaga durante los cursos 96-97 y 97-98;

Dª R.M.D.M. en el I.F.P. "Mare nostrum" de Málaga en los cursos 87-88 y 88-89, en el I.E.S. "Emilio Prados" de Málaga en los cursos 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98;

D. E.O.M., en el I.E.S. "José Navarro y Alba" de Archidona (Málaga) en los cursos 90-91 y 91-92, en el I.F.P. "Guadaljaire" de Málaga en los cursos 92-93 y 96-97, en el I.F.P. "Miguel Romero Esteo" de Málaga en el curso 92-93, en el I.E.S. "Barriada Belen" de Málaga en el curso 95-96, en el I.E.S. "Miraflores de los Angeles" de Málaga en el curso 96-97 y en el I.E.S."Guadaljaire" de Málaga en el curso 97-98;

Dª M.C.G.G., en el I.E.S. "Salvador Rueda" de Málaga en los cursos 87-88, 88-89, 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98 y en el I.E.S. de Campanillas (Málaga) en el curso 95-96;

D. S.J.V.P., en el I.E.S. "Cerro del Viento" de Arroyo de la Miel -Benalmádena- (Málaga) en los cursos 88-89, 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98;

D. J.L.Y.I., en el I.E.S. "Los Manantiales" de Torremolinos durante los cursos 88-89, 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98;

Dª R.P.L., en el I.E.S. "Sierra Blanca" de Marbella (Málaga) en los cursos 87-88, 88-89 y 89-90, en el I.E.S. "Bezmillana" de Rincón de la Victoria (Málaga) en los cursos 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95 y 95-96 y en el I.E.S. "Campanillas" de esta localidad en los cursos 96-97 y 97-98;

Dª M.J.R.R. en el I.E.S. de Periana (Málaga) en el curso 87-88, en el I.E.S. "Reyes Católicos" de Vélez-Málaga (Málaga) en los cursos 88-89, 94-95, 95-96 y 96-97, en el I.E.S. "Almenara" de Vélez-Málaga en los cursos 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98 y en el I.E.S. de Cómpeta en el curso 97-98 y D.

A.V.A. en el I.E.S. "Guadaljaire" de Málaga en los cursos 84-85, 85-86,86-87, 87-88, 88-89, 89-90, 90-91, 91-92, 92-93, 93-94, 94-95, 95-96, 96-97 y 97-98.

El 3 de febrero de 1.998 se presentaron las reclamaciones previas ante la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y el Ministerio de Educación y Cultura, que no fueron objeto de contestación expresa; el 16 de febrero de 1.998 se intentó sin efecto acto de conciliación ante el C.M.A.C. frente al Obispado de Málaga.

La demanda fue presentada el 13 de marzo de 1.998.

Se da por reproducida la sentencia de la Sala de lo Social de Málaga de 9 de mayo de 1.994 obrante en autos.

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente:

En los autos seguidos en este Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga con el nº 329/98 a instancia de Dª A.M.G.Z., Dª M.A.C.M., Dª C.C.T., Dª R.M.D.M., D. E.O.M., Dª M.C.G.G., D. S.V.P., D. J.L.Y.I., Dª R.P.L., Dª M.J.R.R. y D. A.V.A. contra la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, el Obispado de Málaga y el Ministerio de Educación y Ciencia sobre declaración de derechos, debo desestimar y desestimo la excepción de falta de jurisdicción opuesta por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y por el Ministerio de Educación y Cultura,

Debo igualmente desestimar y desestimo la excepción de cosa juzgada opuesta por la Consejería y el Ministerio de Educación citados,

Entrando a resolver sobre el fondo del litigio y debiendo desestimar íntegramente la demanda, como la desestimo, debo absolver y absuelvo a los demandados de todas las pretensiones formuladas en su contra por los actores.

TERCERO.- El Letrado Sr. Bidón Vigil de Quiñones, mediante escrito de 5 de octubre de 1.999, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:

PRIMERO.- Se alegan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Extremadura de fecha 28 de mayo de 1.998 y de Cataluña de 11 de mayo de 1.999.

SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 3, 4, 8, 15, 17 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 2, 3 y 7 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 21 de octubre de 1.999 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente recurso sobre el carácter indefinido o temporal de la relación laboral existente entre los profesores de Religión y la Administración competente ha sido ya objeto de unificación por la Sala en sus sentencias de 5 de junio, 7, 17 y 28 de julio de 2000. En estas sentencias se establece en síntesis que:

El artículo 3 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 y el artículo 3 de la Orden de 11 de octubre de 1982 no prevén para estos profesores una relación indefinida, sino una relación a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual y que, por tanto, lleva a la terminación del vínculo si no es renovado mediante otro nombramiento.

El que la renovación sea automática, salvo propuesta en contra del Ordinario, no afecta a la existencia del término, sino a la renovación del contrato.

La interpretación contraria no sólo se opone al sentido propio de las palabras de la norma, sino a su espíritu y finalidad, que no es otra que la de permitir la terminación del vínculo al final de cada periodo de vigencia por la voluntad unilateral del Ordinario.

La relación laboral entre los profesores de Religión y la Administración es una relación objetivamente especial, aunque no haya sido declarada expresamente como tal y la especialidad tiene tanto un fundamento formal, pues ha sido establecida en un tratado internacional que se incorpora al ordenamiento interno con fuerza de ley (artículo 94 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil), como material, dadas las peculiaridades que concurren en la relación de servicios que se considera y por ello, no hay discriminación, pues el tratamiento diferente no está fundado en ningún factor de este carácter conforme al artículo 14 de la Constitución Española (sentencia de 17 de mayo de 2000 y las que en ella se citan) y en todo caso la diferencia de trato está justificada, porque hay razones que singularizan el supuesto en atención a la especial confianza que requiere el tipo de trabajo encomendado y al hecho de que éste se preste en el marco organizativo de un tercero (la Administración Pública), que no es el responsable de los contenidos de la enseñanza impartida y que está sometido para la contratación de su personal fijo a procesos de selección reglada que no podrían aplicarse en este caso.

Por ello, no pueden apreciarse las infracciones que, de una forma acumulativa impropia de un recurso de casación, denuncia el motivo. No se infringen los artículos el artículo 3, 4, 15, 17 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, porque la sentencia recurrida no ha desconocido la ordenación de las fuentes del Derecho del Trabajo, los derechos básicos de la relación laboral, ni la presunción de laboralidad; no ha consagrado ninguna discriminación, ni ha desconocido lo dispuesto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, sino que se ha limitado a aplicar una causa de temporalidad específica creada por un acuerdo con fuerza de ley. La sentencia impugnada ha aplicado también correctamente el artículo 3 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, que prevé que la designación de los profesores se produce para cada año escolar, y no ha podido vulnerar los artículos 2 y 7 de dicho Acuerdo, que no contienen ninguna regla sobre la temporalidad de la relación. Lo mismo hay que decir de los artículos 3, 5 y 6 de la

Orden Ministerial de 11 de octubre de 1982. En cuanto a las denuncias 4.1 y 6.4 del Código Civil, es claro que carecen de cualquier fundamento, pues ni se han desconocido las reglas sobre la aplicación de la analogía, ni se ha consagrado ningún fraude, sino que se ha reconocido el efecto establecido por la norma. Por último, en relación con las denuncias de los artículos 9.3, 16 y 27.3 de la Constitución Española, basta señalar en función de lo ya razonado que no se ha autorizado ninguna arbitrariedad, ni la parte ofrece razón alguna que permita afirmar que el pronunciamiento recurrido vulnera la libertad religiosa, la libertad ideológica o la libertad de enseñanza.

Ninguna de estas libertades está comprometida por el régimen de duración del contrato al que se ha hecho referencia.

Por ello, procede la desestimación del recurso como propone el Ministerio Fiscal, sin que haya lugar a la imposición de costas por gozar la recurrente el beneficio de justicia gratuita.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª A.M.G.Z., Dª M.A.C.M., Dª C.C.T., Dª R.M.D.M., D. E.O.M., Dª M.C.G.G., D. S.V.P., D. J.L.Y.I., Dª R.P.L., Dª M.J.R.R. y D. A.V.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), de 25 de junio de 1.999, en el recurso de suplicación nº 2096/98, interpuesto frente a la sentencia dictada el 26 de junio de 1.998 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Málaga, en los autos nº 329/98, seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la CONSEJERIA DE EDUCACION Y CIENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, el OBISPADO DE MALAGA y el MINISTERIO DE EDUCACION Y CULTURA, sobre declaración de derechos.

Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga), con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

17-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ABRIL DE 2004

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El 16 de julio de 2.002 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 18, en los autos nº 735/01, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Dª Milagros, sobre cantidad. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dª Milagros contra la sentencia dictada, con fecha 22-11-2001, por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en sus autos número 735/01 seguidos a instancia de D. Ángel Daniel frente a la anterior mencionada, en reclamación de cantidad y, con revocación de tal sentencia, debemos absolver y absolvemos a la empresa demandada de las pretensiones formuladas en su contra".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 22 de noviembre de 2.001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Por resolución de 28 de febrero de 2.001, se declara a D. Ángel Daniel en situación de incapacidad permanente absoluta, abonándose la prestación económica desde el 3-11-00, siendo ésta los efectos de la prestación (folios 15 y 16). ----2º.- D. Ángel Daniel ha prestado servicios para Dª Milagros, como encargado 2ª desde el 1 de junio de 1.976. Causa baja el 2 de noviembre de 2.000 por propuesta de invalidez (folio 101). ----3º.- A la fecha de efectos de la invalidez, noviembre del año 2.000, el actor

tenía consolidado 43.681 ptas. como antigüedad y el salario base era de 97.070 ptas., total por los dos conceptos 140.751 ptas. ----4º.- El día 2 de noviembre del año 2.000, la empresa y el actor firmaron el siguiente documento: "De una parte, Dª Milagros, mayor de edad, en su condición de titular de la empresa homónima. De otra parte, D. Ángel Daniel, en su condición de trabajador por cuenta ajena de la citada empresa. ACUERDAN:

-Dar por resuelto el vínculo contractual que unía hasta la actualidad a ambas partes por resolución contractual por incapacidad permanente.

-Dar por saldadas y finiquitadas, económica y contractualmente, las relaciones que ambas partes mantenían hasta la actualidad.

-Por tal motivo, la empresa declara no adeudar por ningún concepto cantidad económica alguna al trabajador abajo firmante.

-Por su parte, el trabajador declara formalmente haber percibido toda cantidad que la empresa pudiera adeudarle, no quedando pendiente de reclamación deuda alguna, siendo firmado el presente documento con voluntad inequívoca de querer extinguir la relación laboral mantenida a todos los efectos, haciendo una expresa renuncia de cualquier tipo de reclamación ulterior.

-El presente recibo de finiquito se entiende con carácter liberatorio habida cuenta de la libre aceptación por ambas partes respecto a la firma del mismo, con plena constancia y significado de su contenido, sin que quepa por tanto pretenderse la existencia de vicios de consentimiento o ignorancia por parte alguna.

-En prueba de conformidad, se firma el presente recibo de finiquito por importe de 228.901 ptas. líquidas, conforme al desglose que figura en el recibo de salario anexo al presente documento".

En la nómina, se refleja el percibo de 228.901 ptas. líquidas por los siguientes conceptos:

-Enfermedad, 7.050 ptas.

-Finiquito:

P.P. paga vacaciones, 131.395 ptas.

P.P. extra 1 (finiquito), 32.218 ptas.

P.P. extra 2 (finiquito), 79.753 ptas.

Y se practican las correspondientes deducciones.

Total 250.416 ptas. brutas y 228.901 ptas. netas.

5º.- El actor percibió 150.000 ptas. como adelanto el 10-3-99 (folio 105).

6º.- El actor ha nacido en el año 1.947.

7º.- Comparece la demandada personalmente y asistida de letrado y el actor comparece representado por letrado".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Estimando en parte la demanda, condeno a Dª Milagros a abonar a D. Ángel Daniel la cantidad de 1.266.759 ptas.".

TERCERO.- El Letrado Sr. Sánchez Grande en representación de D. Ángel Daniel, mediante escrito de 20 de noviembre de 2.002, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 12 de enero de 1.999. SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 3 de la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 6.2 del Código Civil.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 26 de noviembre de 2.002 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr.

Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 22 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El actor y la empresaria demandada firmaron el 2 de noviembre de 2000 un acuerdo de extinción del contrato como consecuencia de incapacidad permanente, en el que, tras darse por saldadas y finiquitadas las relaciones entre ambas partes, el trabajador declara formalmente "haber percibido toda cantidad que la empresa pudiera adeudarle, no quedando pendiente de reclamación deuda alguna, siendo firmado el presente documento con voluntad inequívoca de querer extinguir la relación laboral, mantenida a todos los efectos, haciendo una expresa renuncia a cualquier tipo de reclamación ulterior". El recibo que va unido al acuerdo refleja el percibo de 228.901 pts. por los conceptos de enfermedad y finiquito (vacaciones, pagas extraordinarias). El trabajador fue declarado en situación de incapacidad permanente por resolución de 28 de febrero de 2001 con efectos de 3 de noviembre de 2000. El acuerdo extintivo se firmó coincidiendo con la propuesta de la incapacidad permanente. En este proceso el demandante reclama el abono de una indemnización de 1323.756 ptas., previstas en el convenio para el caso de cese por incapacidad permanente y la sentencia recurrida ha desestimado esta pretensión por entender que el valor liberatorio del finiquito alcanza a la cantidad ahora reclamada, teniendo en cuenta que en el acuerdo extintivo se reconoce como causa del mismo la incapacidad permanente. La sentencia aportada de contraste es la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de enero de 1999, que resuelve sobre un finiquito firmado en 3 de septiembre de 1990 por un trabajador que fue declarado en incapacidad permanente el 26 de septiembre siguiente. En el finiquito el trabajador "se declaraba totalmente saldado y satisfecho de cuantos créditos pudieran corresponderle, declarando igualmente no tener concepto ni cantidad alguna pendiente de reclamación o cobro, salvo lo que por posible revisión del artículo 22 del convenio colectivo pudiera corresponderle". Posteriormente, reclamó la diferencia entre la póliza de un 1.000.000 pts. por invalidez que preveía el artículo 44 del Convenio y la cantidad que le había satisfecho la aseguradora. La sentencia de contraste entiende que, al tratarse de una mejora

voluntaria de la Seguridad Social, el derecho a la indemnización prevista en el convenio colectivo no es renunciable a través del finiquito.

SEGUNDO.- Tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida cuestionan la existencia de la contradicción. El primero señala que el finiquito en la sentencia de contraste contenía una salvedad referida al artículo 22 del convenio colectivo, pero la diferencia es irrelevante, porque este precepto se refiere, como indica el propio hecho probado que se cita, a la revisión -sin duda, de los salarios-, lo que ninguna relación guarda con el tema debatido que es la indemnización por incapacidad a través de la póliza prevista en el artículo 44 del convenio. Tampoco son relevantes las diferencias que invoca la parte recurrida. El que en un caso la extinción se produjera por un despido declarado improcedente seguido de la liquidación que recoge el finiquito y en el otro mediante un acuerdo extintivo en nada influye sobre la cuestión que se debate, que no es el origen del cese, sino el alcance y la validez del finiquito, sobre todo teniendo en cuenta que en ambos casos la reclamación se vincula a una incapacidad permanente que fue reconocida con posterioridad a la firma del finiquito. Tampoco es cierto que en el caso de la sentencia recurrida el problema se centre en la validez del finiquito y en la de contraste en la "idoneidad" de aquél para "compensar cantidades recíprocamente adeudadas". El problema de la validez del finiquito se suscita en las dos sentencias; en ambas se cita como infringido el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, aunque en la recurrida se debatía también el alcance liberatorio del finiquito con la cita de los artículos 1195,1202 y 1255 del Código Civil.

TERCERO.- La impugnación contenida en el único motivo del recurso plantea en realidad dos cuestiones. Por una parte, con cita de la doctrina de esta Sala contenida en sus sentencias de 11 de junio de 1987, 28 de febrero de 2000 y 24 de julio de 2000, se refiere el motivo al alcance liberatorio del finiquito, sosteniendo que el finiquito firmado no tiene alcance liberatorio respecto a cantidades que no se han devengado con anterioridad al mismo. Por otra parte, se cuestiona la validez del finiquito, alegando el principio de irrenunciabilidad de los derechos sociales con denuncia de la infracción de los artículos 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y 3 de la Ley General de la Seguridad Social. Dice el Ministerio Fiscal en su informe que si se acepta la contradicción, el

recurso debe ser estimado, porque al finiquito suscrito "sólo puede reconocérsele valor liberatorio de las consecuencias directas derivadas de la relación laboral y nunca de aquellas consecuencias que, como la mejora voluntaria, si bien nace obviamente de una relación laboral, no integra el núcleo esencial de la misma por lo que nunca puede afirmarse que la intención del trabajador fuera admitir la renuncia a lo que le hubiera correspondido percibir como consecuencia del reconocimiento de la invalidez". En este sentido se pronunció la sentencia de 25 de septiembre de 2002. Pero este problema no puede examinarse en el recurso interpuesto, pues el ámbito de la contradicción condiciona la infracción legal denunciada y el problema del alcance liberatorio del finiquito no fue examinado por la sentencia de contraste.

CUARTO.- El problema de la compatibilidad del acto de disposición que contiene normalmente el finiquito con el principio de irrenunciabilidad de los derechos sociales ha sido examinado por la sentencia de 28 de febrero de 2000, dictada en Sala General. En esta sentencia se rechaza la vulneración de este principio porque en el caso en ella decidido ni la conducta del trabajador había supuesto renuncia anticipada, ni se había concretado norma legal o paccionada que estableciera la indisponibilidad de los derechos litigiosos. La sentencia razona que "una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por Convenio Colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza". En realidad, el correcto entendimiento de la prohibición que establecen los preceptos citados del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley General de la Seguridad Social exige tener en cuenta los límites que derivan de la recepción en el ámbito social de la transacción como medio de poner fin a las controversias laborales (artículo 1809 del Código Civil en relación con los artículos 63, 67, 84 de la Ley de Procedimiento Laboral). Los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción y, aun en ese marco, han de establecerse las necesarias cautelas, como muestra el artículo 84.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, a tenor del cual "si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no

aprobará el acuerdo". Desde esta perspectiva, parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional, aunque quede al margen, como en el presente caso, de los cauces institucionales de conciliación. Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (artículo 1809 del Código Civil, en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte, el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado, como exige el artículo 1815.1 del Código Civil), sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprenden derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia (artículo 1815.2 del Código Civil). En el presente caso el finiquito no puede instrumentar un acto de disposición, como el que se ha apreciado por la sentencia recurrida. No había, en relación con el cese, ningún litigio y el acuerdo extintivo, que anticipa el que había de producirse por la vía del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, se limita a disponer ese cese y a incorporar una liquidación de cantidades pendientes de pago; cantidades que no consta que fueran controvertidas. Se trata además de una liquidación completamente ajena a la indemnización por incapacidad permanente que todavía no se había devengado. En estas circunstancias entender que el finiquito supone una renuncia a esa indemnización supondría aceptar una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los artículos 3.5 del Estatuto de los Trabajadores y 3 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que hay que estimar el recurso.

QUINTO.- La estimación del recurso determina la casación de la sentencia recurrida para resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso de esta clase interpuesto por la empresaria y confirmar la sentencia de instancia, con imposición a la recurrente de las costas de la suplicación y pérdida del depósito y la consignación constituidos para recurrir también en suplicación a los que se dará su destino legal.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ángel Daniel, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de julio de 2.002, en el recurso de suplicación nº 1047/02, interpuesto frente a la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2.001 por el Juzgado de lo Social nº 18, en los autos nº 735/01, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Dª Milagros, sobre cantidad. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esa clase interpuesto por la empresaria y confirmamos la sentencia de instancia. Condenamos a la empresaria recurrente al abono de las costas de la suplicación, que consistirán en los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la cuantía que, dentro del límite que establece el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, fijará la Sala si a ello hubiere lugar. Decretamos la pérdida del depósito y de la consignación constituida para recurrir en suplicación a los que se dará su destino legal.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

18-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE ENERO DE 2005

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 13 de mayo de 2.003, el Juzgado de lo Social número 9 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que ESTIMANDO la demanda formulada por DOÑA Maribel, frente a la empresa LIMPIEZAS IDEAL, S.L., debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora, efectuado el 17-02- 2003, y CONDENO a la empresa demandada a que en el plazo de CINCO DIAS desde la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora, o la extinción del contrato de trabajo, abonando en este supuesto una indemnización de 678,82 Euros, y en todo caso a abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido 17-02-2003 hasta la notificación de la sentencia, a razón de 5,84 Euros por día.- Se apercibe a la parte demandada que caso de no efectuar la opción expresa se tendrá por hecha tácitamente en favor de la readmisión.- En el caso de readmisión, el empresario podrá descontar de los salarios, lo percibido por el trabajador si hubiere encontrado otro empleo con anterioridad a la sentencia y el empresario probase lo percibido para su descuento.- En cualquier caso, el empresario deberá instar el alta de la trabajadora en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido cotizando por ese período, que se considera de ocupación cotizada a todos los efectos.".

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º.- La actora DOÑA Maribel, con DNI nº NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada Limpiezas Ideal, S.L. desde el 13-06-2000, con la categoría profesional de Cristalero, percibiendo un salario mensual de 175,18 Euros, con inclusión prorrata de pagas extras según Convenio, por su jornada de 7,5 horas semanales.- 2º.- Por burofax de fecha 14-02-03 notificado el 17-02-03, la empresa le comunica: "Estimada Sra.: Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que debido al bajo rendimiento desarrollado en el centro de trabajo donde presta sus servicios MOBEL MADRID durante el periodo de trabajo y conforme al artículo 50.3 de nuestro convenio dichos hechos son considerados como faltas muy graves y por lo tanto sancionables con DESPIDO conforme a lo establecido en el art. 50.4 del mismo convenio.- Por lo tanto el despido se hará efectivo a los efectos oportunos con fecha 14-02-03".- El rendimiento de la actora ha sido el normal y habitual.- 3º.- El 14 de febrero de 2003 firmó la actora el documento de saldo y finiquito obrante al folio 67, que se da

íntegramente por reproducido, si bien la actora no ha percibido la cantidad que expresa.- 4º.- La trabajadora no ha ostentado cargo de representante del personal ni sindical alguno.- 5º.- Con fecha 5-3-03 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto administrativo el 24-03-03, sin efecto ante la incomparecencia de la demandada.".

SEGUNDO.- Posteriormente, con fecha 1 de diciembre de 2.003, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por LIMPIEZAS IDEAL S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº QUINCE de los de Madrid, de fecha TRECE DE MAYO DE DOS MIL TRES a virtud de demanda formulada por DOÑA Maribel contra LIMPIEZAS IDEAL, S.L., en reclamación de DESPIDO, y, revocamos la sentencia recurrida, absolviendo a la recurrente de las peticiones consignadas en la demanda. Dese el destino legal a los depósitos constituidos".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Dª Maribel el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo, el día 6 de febrero de 2.004, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fechas 21 de enero de 2.003 y 15 de octubre de 2.002.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 20 de julio de 2.004, se admitió a trámite el presente recurso. No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 20 de enero de 2.005, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- A la demandante se le notificó por la empresa el despido el 17 de febrero de 2.002, debido a un pretendido bajo rendimiento en su trabajo. Unos días antes, el 14 de febrero, había firmado un documento que le ofreció la empresa al efecto denominado "Liquidación de saldo y finiquito", en el que se incluían dos cantidades: una de indemnización por despido de 225,36 euros y otra de atrasos, por valor de 85,69 euros. Al propio tiempo, en su texto se decía lo siguiente: "he recibido... la cantidad de 310.99 euros... quedando saldados todos los importes que la Empresa pueda adeudar, como consecuencia de la relación laboral existente hasta el día de la baja, no quedando ninguna cantidad pendiente de reclamar a la Empresa por lo que queda totalmente finiquitada la relación laboral con la misma. Igualmente con el percibo de la citada cantidad renuncio al ejercicio de cualquier acción procesal, (civil, laboral, o de otra índole) que pudiera asistirme contra la Empresa, declarando expresamente que no se me adeuda cantidad alguna por ningún concepto". No obstante, la trabajadora no llegó a percibir la cantidad referida en el documento.

Planteó demanda por despido y el Juzgado de lo Social número 9 de los de Madrid en sentencia de 13 de mayo de 2.003 declaró la improcedencia del mismo y condenó a la empresa al ejercicio de la correspondiente opción legal entre readmisión e indemnización, sin dar, por tanto, valor liberatorio alguno al documento antes transcrito, por entender que su texto no hacía referencia expresa a la voluntad extintiva del vínculo laboral y además porque no se había recibido la cantidad a que el mismo expresaba.

SEGUNDO.- Recurrió la demandada en suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 1 de diciembre de 2.003 estimó el recurso otorgando pleno valor liberatorio al documento antes referido y, con revocación de la sentencia de instancia, desestimó la demanda y absolvió libremente a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Frente a esa resolución de la Sala de Madrid plantea ahora la trabajadora el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que instrumenta en dos motivos. En el primero de ellos, referido al contenido del recibo de finiquito, se ofrece

como sentencia de contradicción la dictada por la misma Sala de lo Social en fecha 21 de enero de 2.003. Pero esta resolución no puede ser idónea a los efectos que se pretende, puesto que no es firme al haber sido recurrida en casación para la unificación de doctrina. A este respecto, es doctrina unificada muy reiterada la que establece que la exigencia del art. 217 LPL implica que las sentencias de contraste han de tener la condición de firmes (sentencias de 15, 23, 25, 30 de marzo, 29 de abril, 3, 27 de mayo 14 de junio, 4 y 8 de julio, 23 de septiembre, 10 de octubre, 15 y 24 de noviembre de 1.994, 4 de junio, 17 de diciembre de 1997, 14 de mayo, 28 de junio, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2.001 y 18 de enero de 2.002 entre otras muchas); y que la firmeza de la sentencia de contraste ha de haberse producido antes de la publicación de la sentencia recurrida (sentencia de 14 de julio de 1.995, 10 de marzo y 21 de abril de 1.998 y 20 de julio de 2.000, entre otras).

En consecuencia, este primer motivo del recurso planteado adolece de la referida exigencia y por ello incurre en causa de inadmisión, que en este trámite procesal determina su desestimación.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso suscita el problema del valor liberatorio del recibo de finiquito en relación con la doctrina jurisprudencial que ha configurado sus requisitos o exigencias para que produzca tales efectos. Como sentencia de contraste invoca la recurrente la dictada por la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 15 de octubre de 2.002. En ella se resuelve también sobre el despido de un trabajador que en la misma fecha -el 6 de abril de 2.001- recibió la carta de despido y firmó un recibo de finiquito, en el que se decía literalmente: "D..., que ha trabajado en la empresa 'T..., S.A., desde el día 8/10/99, hasta el día 6/4/2001, con la categoría de Auxiliar creativo, declaro que he recibido la cantidad neta de 643.856 ptas., en concepto de liquidación, saldo y finiquito por mi baja en la Empresa ... Que así indemnizado y liquido por todos los conceptos que pudieran derivarse de la relación laboral que unía a las partes y que queda extinguida, manifiesto expresamente que nada más tengo que reclamar, estando de acuerdo en ello con la Empresa.". Al igual que en el caso que resuelve la sentencia recurrida, aquí el trabajador tampoco recibió el importe que figuraba en el referido

documento, tal y como se dice en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido por entender que el recibo carecía de eficacia liberatoria. Al resolver el recurso de suplicación instado por la empresa, la sentencia de contraste razona sobre el alcance general y requisitos del finiquito, para terminar diciendo que en este caso la manifestación de voluntad del trabajador, no se había perfeccionado "desde el momento en que la patronal, no le ha abonado la indemnización y los conceptos salariales a los que en todo caso tendría derecho por haberlos devengado durante la relación laboral y que eran el objeto del acuerdo transaccional suscrito.. por lo que no tiene pleno valor liberatorio y extintivo de la relación laboral". En consecuencia desestima el recurso de la empresa y confirma la decisión de instancia.

Tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, entre la sentencia recurrida y la de contraste se produce la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, pues, aunque existen algunas diferencias en los textos de los documentos que en ambos casos se examinaron, su redacción guarda una evidente similitud y sitúa el núcleo de la contradicción en el distinto alcance liberatorio que se otorgó a aquéllos en ambas sentencias, cuando en los dos casos además, el trabajador no percibió la cantidad a que se referían los finiquitos. No obstante, la sentencia recurrida otorgó ese valor liberatorio al documento y la de contraste no se lo dio. Procede en consecuencia que esta Sala lleve a cabo su función unificadora de la doctrina señalando aquella que resulte ajustada derecho.

CUARTO.- Esta Sala viene admitiendo la posibilidad de que el trabajador, en uso de su libertad, exteriorice una declaración de voluntad con fines liberatorios del vínculo contractual y de sus efectos económicos, lo que no viola el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues la conducta del trabajador no supone por este solo hecho una renuncia anticipada de derechos, ni se trata de derechos indisponibles, siempre y cuando, naturalmente, esa manifestación de voluntad reúne los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y especialmente los que se refieren al consentimiento (artículo 1262 y siguientes del mismo Código). No obstante, tal y como se dice en

nuestras sentencias de 23 junio 1986, 23 marzo 1987 y 8 de febrero de 2000, entre otras, "el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio -deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante- viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo -mutuo acuerdo, o en su caso transacción- en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros.".

El análisis del alcance de ese acto de voluntad comporta una dependencia o vinculación al caso concreto, por lo que los efectos, el valor liberatorio del recibo de finiquito viene determinado por el examen conjunto del texto literal por el que aquélla se manifiesta y por los elementos y condicionamientos específicos del contrato que se finiquita. En el caso aquí analizado, el texto del referido recibo no contiene, como se afirma en la sentencia e instancia, ninguna expresión de la que se pueda extraer la conclusión de que la trabajadora pretendía extinguir su relación laboral con la empresa, pero además concurre otras dos circunstancias relevantes para privar al documento de los pretendidos efectos liberatorios o extintivos del vínculo laboral. El primero se refiere a que fue en fecha posterior a la de la firma del documento de finiquito, cuando se le notificó la carta de despido. Y el segundo, que la demandante no percibió ninguna de las cantidades que determinaban la supuesta contraprestación a la extinción del vínculo laboral, lo que privaría en todo caso al documento de la eficacia liberatoria que la empresa pretendía, tal y como se dice en la sentencia de contraste. En consecuencia y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, ha de afirmarse por las anteriores razones que en este caso el finiquito firmado por la demanda carecía del efecto liberatorio que le atribuyó la sentencia recurrida, lo que determina la necesidad de estimar el recurso de casación para la unificación de despido interpuesto, casar y anular

la misma, y resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el de tal clase interpuesto en su día por la empresa, confirmándose la sentencia de instancia en todos sus extremos, sin que haya lugar a realizar pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. José Manuel Mora Miranda, en nombre y representación de Dª Maribel, contra la sentencia de 1 de diciembre de 2.003 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación número 4591/03, interpuesto frente a la sentencia de 13 de mayo de 2.003 dictada en autos 319/2003 por el Juzgado de lo Social número 9 de Madrid seguidos a instancia de Dª Maribel contra Limpiezas Ideal, S.L., sobre despido. Casamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por la empresa y confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

19-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE ABRIL DE 2007

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 26 de febrero de 2005 el Juzgado de lo Social número Dos de Jerez de la Frontera dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) El actor presta sus servicios, por cuenta y bajo la dependencia de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, con centro de trabajo, ubicado en Jerez de la Frontera, denominado "Rancho de La Merced" con la categoría profesional de Trabajos de Oficial 1ª Tractorista. Dicha relación de trabajo se mantiene en el tiempo aunque con carácter discontinuo. El "Rancho de La Merced" es un centro de Investigación y Formación Agraria dependiente de la Dirección General de Investigación y Formación Agraria en el que existen plantaciones de viñas, cereales y girasol cuyos productos no son para la venta sino para actividades de investigación y desarrollo, que constituye parte del objeto de la actividad al servicio de los intereses públicos que despliega la Junta de Andalucía. En el centro de trabajo indicado, el actor y varios compañeros que se dedican a las tareas agrícolas para la investigación, existen otras personas que prestan servicios: unos son funcionarios públicos, otros, como personal laboral a los que se aplica el IV Convenio Colectivo del personal laboral de la Junta de Andalucía. 2º) El actor está incluido en el REA aunque por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera, confirmado por el TSJ-SEVILLA se encuadra en el Régimen General de la Seguridad Social En su relación laboral con la demandada se le aplica el Convenio Colectivo de Campo para la Provincia de Cádiz. 3º) El Convenio Colectivo del Campo en su art. 2º. ámbito funcional" establece: "Las normas comprendidas en este convenio se aplicarán a todas las faenas y explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias y así mismo se regirán por lo establecido en este Convenio las industrias complementarias de las actividades agrícolas, manipulados y preparación en almacén de productos hortícolas, de invernadero, frutales y floricultura, y otros tales como elaboración de aceite o queso con productos de la cosecha o ganadería propia, así como los trabajos que realicen faenas de preparación de productos agrícolas siempre que no constituya una explotación económica independiente de la producción y tenga un carácter complementario dentro de la empresa. Se exceptúan los trabajos en viñas a las que es de aplicación el Convenio Colectivo Provincial de Viticultura". Y en el art. 3 "ámbito personal": "Se regirán por el presente Convenio

Colectivo todos los trabajadores que realicen las funciones a que se refiere el artículo anterior." El art. 2 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía sobre ámbito personal dice lo siguiente: 1.- "Las normas contenidas en el presente Convenio Colectivo regulan las condiciones de trabajo de todo el personal que con relación jurídico- laboral y contrato formalizado por órgano competente, presta sus servicios y perciba sus retribuciones con cargo a las dotaciones presupuestarias aprobadas para el personal laboral en el Presupuesto de Gastos, en el ámbito funcional señalado en el artículo anterior. 2.- Al personal contratado con cargo al Capítulo VI del Presupuesto de Gastos de la Comunidad Autónoma Andaluza, le serán de aplicación las normas del presente Convenio, con los límites inherentes a la naturaleza de su relación contractual, sin perjuicio de la efectividad de lo determinado en la Disposición Transitoria Segunda. 3.- Quedan excluidos del ámbito de aplicación de este Convenio Colectivo: a) el personal temporero eventual para labores agrícolas, ganaderas, forestales o pesqueras, que verá regulada su relación laboral por los Convenios Colectivos de aplicación en cada caso y la legislación laboral común y que estarán acogidas a los regímenes especiales de la Seguridad Social que les correspondan en cada caso. 4º) Se ha interpuesto la oportuna reclamación previa en vía administrativa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Juan Luis contra la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA debo absolver y absuelvo a la Consejería demandada."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la Abogado Dª SONIA SIERRA MARTÍN actuando en nombre y representación de D. Juan Luis ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 2 de junio de 2005 , en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Luis , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Jerez, de 26 de febrero de 2004 , en el proceso seguido en reclamación de derecho y cantidad a instancias del mismo, contra la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía y debemos declarar el derecho del mismo, a que sea incluido en el ámbito de aplicación del VI Convenio

Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, condenando a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía a estar y pasar por esta declaración y al abono al mismo de las diferencias salariales correspondientes al periodo desde el 1 de enero de 2001 al 30 de junio de 2003, ascendentes a 13.029,44 euros."

TERCERO.- Por el Letrado D. JULIO YUN CASALILLA, actuando en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 29 de diciembre de 2005, en el que se denuncia infracción del artículo 37.1 de la Constitución , en relación con el artículo 3.e) y anexo I - catálogo y definiciones de categorías profesionales- del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, así como indebida aplicación de los artículos 14 de la Constitución Española y 15.6 del Estatuto de los Trabajadores. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, con fecha 30 de enero de 1998.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 20 de julio de 2006 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 10 de agosto de 2006.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excma. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 27 de marzo de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El demandante presta servicios como Oficial 1ª Tractorista para la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, con carácter discontinuo en el denominado "Rancho de la Merced". Dicho Centro de trabajo lo es de Investigación y Formación Agraria en el que existen plantaciones de viñas, cereales y girasol cuyos

productos no son para la venta sino para actividades de investigación y desarrollo, que constituye parte del objeto de la actividad al servicio de los intereses públicos que despliega la Junta de Andalucía.

Reclamada por el actor la aplicación del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Andalucía en lugar del Convenio Colectivo del Campo para la provincia de Cádiz que ha venido siguiendo la relación contractual, la sentencia recurrida estimó la pretensión actora. Parte la sentencia impugnada del efecto positivo de la cosa juzgada, por haber sido declarada en sentencia anterior devenida firme, la adscripción del actor al Régimen General en lugar de al Régimen Especial Agrario, al considerar que las labores realizadas no eran esencialmente agrícolas.

Afirma la Sala que no puede volver a pronunciarse sobre el carácter agrario de las labores que desempeña el actor por lo que no es adecuado conceptuarle como "personal temporero eventual para labores agrícolas" para justificar su exclusión del V y VI Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Junta de Andalucía.

Recurre la Junta de Andalucía en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 30 de enero de 1998 por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga.

En la sentencia referencial se trataba también de un trabajador eventual que prestaba servicio en dos fincas en Churriana y Campanillos dedicados por la Junta de Andalucía a la finalidad de realizar las tareas de investigación, experimentación y formación que le son propias.

Solicitada la declaración de fijeza y la aplicación del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, la sentencia de contraste resuelve en cuanto a esto último que deberá primar el Convenio Colectivo de Actividades Agropecuarias de 16 de mayo de 1995 que remite a la Ordenanza del Campo y entre ellos a los requisitos para la adquisición de la cualidad de fijo, siendo de aplicación al presente supuesto al regular expresamente esta materia y constituir una norma más favorable que dicho Convenio Colectivo (refiriéndose al de la Junta de Andalucía). Prosigue la sentencia diciendo que si pretenden obtener el reconocimiento de fijeza en base a la Ordenanza

General del Campo por remisión a su Convenio Colectivo, no es de recibo pretender obtener una determinación de categoría, retribuciones y los demás derechos que postulan basándose en otro distinto cual es el de la Junta de Andalucía, técnica ésta conocida por la jurisprudencia como "espigueo" de los Convenios.

Con idéntica sentencia de contraste y análogo planteamiento en la recurrida, se apreció por esta Sala la existencia de contradicción en la sentencia de 9 de octubre de 2006, R. C.U.D. número 4600/2005.

SEGUNDO.- La parte recurrente alega la infracción del artículo 37.1 de la Constitución Española, en relación con el artículo 3.e) y Anexo I del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Junta de Andalucía, así como indebida aplicación de los artículos 14 de la Constitución Española y 15.6 del Estatuto de los Trabajadores.

Al igual que en el análisis de la contradicción, procede reiterar la doctrina que esta Sala unificó en las sentencias de 26 de septiembre de 2006, 2 de octubre de 2006 y 9 de octubre de 2006 (R. C.U.D. número 4600/2005): "La denuncia no puede aceptarse. La fuerza vinculante del convenio colectivo, reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución Española , no supone que el convenio quede al margen del sistema de fuentes del Derecho, sino que, por el contrario, implica que aquél debe someterse a lo establecido en la Constitución y en las leyes (SSTC 58/1985, 177/1988, 171/1989, 210/1990 y 92/1994), pues, como establece, el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, la regulación del convenio colectivo ha de desarrollarse "dentro del respeto a las leyes". En concreto, el convenio, en su condición de norma del ordenamiento jurídico, debe respetar el principio de igualdad ante la ley; igualdad a la que, en principio, atenta una exclusión del ámbito del convenio de los trabajadores temporales, salvo que existan circunstancias excepcionales que justifiquen la exclusión (STC 136/1987 y sentencia de esta Sala de 22 de mayo de 1991). La parte recurrente considera que la exclusión del personal temporero responde a razones objetivas en función de la actividad desarrollada, pero no es así, porque los propios términos de la norma ponen de relieve que no se excluyen las labores agrarias, sino únicamente al personal temporero eventual dedicado a tales labores, lo que evidencia que la exclusión

no se realiza por el carácter del trabajo, sino por la naturaleza del vínculo. La parte afirma también que no hay trabajadores agrícolas fijos que presten servicio para la Junta. Pero ese dato no está acreditado y tampoco enervaría el carácter subjetivo de la cláusula en cuestión, a tenor de la cual queda excluido del ámbito de aplicación del convenio "el personal temporero eventual para labores agrícolas, ganaderas y forestales". Por otra parte, como señalan las sentencias de esta Sala de 26 de septiembre de 2006 y 2 de octubre de 2006, el actor tampoco puede considerarse excluido a la vista de los términos literales de la cláusula, pues se trata de un trabajador fijo discontinuo y no temporal. El encaje de la categoría del actor -oficial tractorista- en la clasificación del convenio sería a estos efectos irrelevante y, desde luego, la parte no ha razonado su afirmación en contrario, aparte de que siempre cabría recurrir a la analogía."

Procede en consecuencia la desestimación del recurso, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, con imposición de las costas a la recurrente

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. JULIO YUN CASALILLA, actuando en nombre y representación de la CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2005, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , sede de Sevilla, en recurso de suplicación núm. 2930/2004, formulado contra la sentencia de fecha 26 de febrero de 2005, dictada por el Juzgado de lo Social número Dos de Jerez de la Frontera, en autos número 650/2003 , seguidos a instancia de D. Juan Luis contra CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA sobre DERECHO Y CANTIDAD. Con imposición de las costas a la recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

20-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE JULIO DE 2007

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 27 de marzo de 2002, el Juzgado de lo Social nº 1 de Ibiza dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que DESESTIMANDO las excepciones de falta de legitimación pasiva y de prescripción alegadas por las demandadas ESTIMANDO la demanda formulada por D. Joaquín contra CAIXA D'ESTALVIS I DE PENSIONS DE BARCELONA ("LA CAIXA") y contra "RENTCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS", debo reconocer y reconozco el derecho del demandante a poder transferir o movilizar al Fondo o Plan de Pensiones que estime conveniente la aportación constituida a su favor en el Fondo del Régimen de Previsión del Personal de "LA CAIXA" a fecha 3 de diciembre de 1994, por un importe de 42.371.384 PTA. (254.657'15 EUROS), y debo condenar y condeno solidariamente a ambas codemandadas a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos.»

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: «I.- El actor, D. Joaquín, con DNI NUM000, prestó servicios para la entidad "LA CAIXA" desde el 1 de enero de 1965 hasta el 6 de marzo de 1996, fecha del Acta de Conciliación que declaró su despido improcedente Ocupaba la categoría laboral de Jefe de 3°, Nivel 4 y percibía un salario mensual 1.274.974 PTA.- II.- En el Acta de Conciliación celebrada ante este Juzgado en fecha 6 de marzo de 1996, la empresa se comprometió a abonar al demandante la cantidad de 51.863.600 PTA en concepto de indemnización por despido y salarios de tramitación. La indemnización fue satisfecha ese mismo día.- III.- El actor, el día 6 de marzo de 1966,

después de percibir el importe de la indemnización pactada con la empresa, suscribió el correspondiente recibo cuyo tenor literal es el siguiente: "He recibido de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, la cantidad de pesetas CINCUENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTAS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTAS (51863600 PTS), importe de la suma convenida en el acto de conciliación celebrado el día 6 de marzo de 1.996 en el Juzgado de lo Social de Ibiza.- Con la recepción de la mencionada cantidad, me declaro totalmente liquidado y saldado por todos los conceptos con la referida Institución, al haber causado baja definitiva de la misma así como del Régimen de Previsión del personal de la Entidad, comprometiéndome a no pedir ni reclamar nada más".- IV.- "LA CAIXA" tenía constituido a favor de sus empleados, en virtud de lo dispuesto en los sucesivos Convenios Colectivos del sector de Entidades de Ahorro, un fondo interno de previsión, denominada Régimen de Provisión del Personal de La Caixa, cuyo objeto era la generación de prestaciones económicas para los beneficiarios cuando sobrevinieran las contingencias de Jubilación, Muerte o Invalidez Permanente (Total, Absoluta o Gran Invalidez), dotado con aportaciones a cargo de dicha entidad.- V.- El demandante, en su condición de trabajador de "LA CAIXA", era partícipe del plan a que se refiere el hecho probado anterior y fue dado de baja tras su despido. A fecha 31 de enero de 1994, el actor acreditaba en "LA CAIXA" como provisión matemática para la cobertura del complemento para jubilación la cantidad de 42.371.384 PTA (254.657'15 EUROS).- VI.- El 3 de enero de 1994, "LA CAIXA" concertó con "RENTCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS" la póliza de seguros núm. 9647-50-0000001-16, con efectos 1 de enero de 1994, con una prima inicial de 219.246.288.440 PTA, en virtud de la cual la aseguradora referida garantizaba el pago a los beneficiarios de las prestaciones del Régimen de Previsión del Personal existente en aquélla.- VII.- En fecha 15 de marzo de 1999, "LA CAIXA" interpuso ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional demanda de Conflicto Colectivo contra los órganos de representación sindical de sus empleados, en la que solicitaba la reclamación de que "en los supuestos de extinción de la relación laboral entre la Entidad demandante y los partícipes del Régimen de Previsión del Personal por causas distintas de la jubilación, muerte o invalidez permanente (total, absoluta o gran invalidez) del

trabajador, éste no tiene ningún derecho de rescate, trasferencia o movilización del fondo constituido para la cobertura de tales contingencias", tramitándose al efecto el procedimiento n° 59/99, en el que recayó Sentencia en fecha 22 de junio de 1999 estimatoria de la demanda. Contra dicha sentencia formularon los órganos de representación sindical demandadas varios recursos de Casación ante el Tribunal Supremo, que se tramitaron bajo el núm. 3939/1999, siendo resueltos por Sentencia de 31 de enero de 2001 por la que se estimaran los mismos y se desestimó la demanda interpuesta por "LA CAIXA".- VIII.- En fecha 31 de julio de 2000, "LA CAIXA" y las secciones sindicales con representación en los Comités de la Empresa, suscribieron un Acuerdo sobre el Sistema de Previsión Social en la Caixa en el que básicamente se estableció la extinción y liquidación del sistema de Previsión Social a fecha 31 de diciembre de 1999 y su sustitución por un nuevo sistema a través de un Plan de Pensiones.- IX.- Se ha presentado la papeleta de Conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación en fecha 5 de marzo de 2001».

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de CAIXA D'ESTALVIS I DE PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) y RENTCAIXA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, sentencia con fecha 21 de octubre de 2002 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "PRIMERO.- Se desestima el recurso de suplicación que la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona interpone contra la sentencia dictada por la Juez sustituta del Juzgado de lo Social de Ibiza con fecha de 27 de marzo de 2002, la cual se confirma en todos los pronunciamientos relativos a dicha entidad.- SEGUNDO.- Se estima el recurso de suplicación que Rentcaixa S.A. deduce contra la mencionada sentencia, la cual se revoca en el sentido de absolver a dicha entidad de la demanda que formula D. Joaquín .- TERCERO.- Se acuerda la pérdida del depósito que la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona constituyó para recurrir y se condena a dicha parte a pagar en concepto de honorarios del Letrado del recurrido la cantidad de 600 euros.- CUARTO.- A la firmeza de la presente sentencia, devuélvase a Rentcaixa S.A. el importe del depósito que prestó para recurrir".

CUARTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Montero Correal, en la representación que ostenta de CAIXA D'ESTALVIS I DE PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA), formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contraria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 13 de enero de 2000, recurso nº 1156/1999. El recurso se articuló en los siguientes motivos: 1º. Al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción de la Disposición Transitoria 14ª de la Ley 30/1995, Disposición Adicional 1ª de la Ley 8 /1987 y art. 32 del Real Decreto 1588/1999, de acuerdo con la interpretación de tales preceptos por la STS 31 de enero 2001 y STS (Sala 3ª) de 16 enero 2002.- 2º. Al amparo del mismo artículo y cuerpo legal, se denuncia la infracción del art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social.- 3º. Al amparo del artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción del art. 1809 y 1815 del Código Civil, 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, 3 de la Ley General de la Seguridad Social y 22.1 de la de Enjuiciamiento Civil. Alegándose como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de febrero y 20 de septiembre de 1999 y de Cataluña de 26 de octubre de 1999.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso, señalándose para votación y fallo el día 3 de julio de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. El demandante, Sr. Joaquín, había prestado servicios para Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona y fue despedido. El 6 de marzo de 1996, en acta de conciliación, las partes llegaron a un acuerdo reconociéndose la improcedencia del despido y abonando al demandante la suma de 51.863.600 pesetas. Se extendió un recibo del siguiente tenor literal (según traducción del catalán que obra en autos: "He recibido de la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona la cantidad de pesetas

cincuenta y un millones ochocientas sesenta y tres mil seiscientas (51.863.600), importe de la suma convenida en el acto de conciliación celebrado el día 6 de marzo de 1996 en el Juzgado de lo Social de Ibiza. Con la recepción de la mencionada cantidad, me declaro totalmente liquidado y saldado por todos los conceptos con la referida Institución, al haber causado baja definitiva de la misma así como del Régimen de Previsión del personal de la Entidad, comprometiéndome a no pedir ni reclamar nada más". Más de cinco años después, el 14 de agosto de 2001 el Sr. Joaquín, interpuso la demanda que encabeza estas actuaciones en el Juzgado de lo Social de Ibiza. Postula en ella se le reconociera el derecho a obtener de las demandadas el rescate o, en su caso, la movilización de la aportación constituida a su favor en el Fondo del Régimen de Previsión del Personal de la Caixa para su integración en el Fondo o Plan de Pensiones que el demandante considere conveniente, por un importe que ha quedado fijado en la suma de 42.371.384 pesetas, provisión matemática a la fecha de 31 de diciembre de 1994.

2. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, desestimando el recurso de suplicación que La Caixa había interpuesto frente a la sentencia de instancia, confirmó el pronunciamiento que había reconocido al demandante el derecho a poder transferir o movilizar al Fondo o Plan de Pensiones que estime conveniente la aportación constituida a su favor, por importe de 254.657.15 euros, equivalente a 42.371.384 pesetas. Estimando el recurso interpuesto por Reintacaixa S.A. revocó el pronunciamiento contra ella dictado en la instancia absolviéndola de las pretensiones contra ella formuladas en la demanda.

SEGUNDO. Frente a la sentencia de suplicación referida, la entidad demandada preparó y ha formalizado el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se articula en tres motivos.

El primero, denuncia la infracción de la Disposición Transitoria 14ª de la Ley 30/1995, Disposición Adicional 1ª de la Ley 8 /1987 y art. 32 del Real Decreto 1588/1999 , de acuerdo con la interpretación de tales preceptos por la STS 31 de enero 2001 y STS (Sala 3ª) de 16 enero 2002 . Se combate en este apartado la existencia del

derecho del actor a movilizar cantidad alguna desde el Fondo de pensiones. Para cumplimentar el presupuesto procesal de la contradicción se invoca la Sentencia de la Sala de Madrid de 2 de febrero de 1999, resolución que la recurrida en su escrito de impugnación y el Ministerio Fiscal en su informe objetan que no es contradictoria con la recurrida.

El segundo tema objeto del recurso (se designa como tercero), denuncia la infracción de los art. 1809 y 1815 del Código Civil, 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, 3 de la Ley General de la Seguridad Social y 22.1 de la de Enjuiciamiento Civil. Postula la posibilidad de transigir los derechos derivados de la participación del Fondo de Pensiones y la eficacia del documento de finiquito suscrito por las partes. A los efectos de dar cumplimiento al juicio de contradicción, invoca la sentencia de la Sala de Cataluña de 26 de octubre de 1999. La recurrida vuelve a objetarlas. No así el Ministerio Fiscal.

Finalmente, el tercer objeto del recurso, denuncia la infracción de los art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 43.1 de la Ley General de la Seguridad Social, pretende se aplique la prescripción como causa de extinción de un posible derecho del actor. Invoca la sentencia de la Sala de Madrid de 20 de septiembre de 2001. Resolución también objetada por la recurrida y el Ministerio Fiscal.

Como orden para resolver el litigio, analizaremos, en primer lugar, la idoneidad de las sentencias propuestas de contraste y, posteriormente, y en su caso, el contenido de las denuncias.

TERCERO.- La Sentencia de la Sala de Madrid de 2 de febrero de 1999, invocada como sustento del primer motivo, resuelve un supuesto en el que los actores habían prestado servicios en el Banco Español de Crédito y habían causado baja por despido improcedente que se concilió en el SMAC. Los trabajadores estaban incluidos en el sistema de previsión social del Convenio Colectivo de la Banca para cuya garantía el Banco había concertado una póliza de seguro con al Compañía Banesto Seguros S.A.. La sentencia desestima la pretensión de los demandantes, con diversos argumentos, uno de los cuales es que el Convenio de la Banca Privada, del que deriva el contrato de

seguro antes mencionado, no contempla posibilidad de consolidar derecho alguno antes de que se produzca cualquiera de las contingencias protegidas.

Cierto es que existen importantes similitudes entre los casos enjuiciados en ambas resoluciones comparadas. Pero existen diferencias de importancia tal que justifican la diversidad de los pronunciamientos que efectúan una y otra. La sentencia recurrida ha seguido la doctrina de la sentencia dictada por esta Sala constituida en Sala General de fecha 31 de enero de 2001, sentencia que reconoció a los trabajadores de la Caixa que cesen por distintas causas que la jubilación, invalidez o muerte el derecho al rescate y movilización de las reservas constituidas en el respectivo Plan de Pensiones. Tal pronunciamiento se basaba, además de las normas rectoras de los Planes de Pensiones, en las del Reglamento interno del constituido en la Caixa. Conjunto de circunstancias que evidencian la falta de identidad en los hechos entre una y otra resolución. En el supuesto del Banco Español de Crédito no existía, la sentencia de esta Sala, que por haberse dictado en causa por conflicto colectivo, contenía doctrina directamente aplicable a las reclamaciones individuales. Concurría causa de inadmisión del motivo que, en este momento del proceso, deviene causa de desestimación.

CUARTO.- El segundo motivo invoca la sentencia de la Sala de Cataluña de 26 de octubre de 1999. Resuelve un supuesto en el que un trabajador que lo había sido de La Caixa entre agosto de 1971 y octubre de 1997, fue despedido, obteniéndose conciliación y en el que el trabajador suscribió un recibo que expresaba haber recibido la suma de 22.000.000 de pesetas y se añadía que con el recibo de esa cantidad "no tengo ninguna liquidación pendiente con la referida institución, al haber causado baja definitiva en la Entidad, así como en su régimen de Previsión Personal, comprometiéndome a nada más pedir ni reclamar". En el pleito reclamaba las cuotas ingresadas al régimen de previsión de la Caixa y la sentencia, confirmando la de instancia, declara que la supuesta obligación quedó extinguida por el negocio que expresaba aquel documento.

Siendo así que el tenor literal de los recibos extendidos en el caso de la sentencia recurrida y el de la invocada de contradicción son sustancialmente idénticos, al igual

que las pretensiones, y, por el contrario, los pronunciamientos son contradictorios, se cumple la exigencia del presupuesto procesal de la contradicción impuesta por el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que deberemos pronunciarnos sobre la doctrina unificada.

QUINTO.- En el último de los motivos (por error se le designa como cuarto) atinente a la prescripción del derecho a exigir el reintegro de las aportaciones se invoca la sentencia de la Sala de Madrid de 20 de septiembre de 2001. Resuelve esta sentencia la pretensión de varios trabajadores de la Compañía Española de Seguros y Reaseguros de Crédito y Caución S.A. que tras su cese por jubilación reclaman el abono de una "compensación económica por jubilación a los sesenta y cinco años" en cuantía de una mensualidad por cada cinco años de servicios. Reclamación que ninguna relación guarda con la que hoy es objeto de este recurso. Debiendo tenerse en cuenta, en adición, que la sentencia de esta Sala, de 27 de abril de 2006, dictada en proceso de conflicto colectivo nº. 50/2005 ha declarado que "la facultad de movilización de las dotaciones y aportaciones constituidas a favor de los empleados de la Caixa "no están sometidos a los plazos de prescripción previstos en el art. 59.1 del Estatuto de los Trabajadores o el art. 43.1 LGSS ". Declaración que, habida cuenta del mandato del art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral , surte efecto en las reclamaciones individuales y, en cualquier caso, priva de contenido casacional a la reclamación en este punto.

SEXTO.- De lo ya expuesto se desprende que el único problema de fondo que hemos de resolver, es el de la eficacia del recibo, suscrito por el actor en 1996, para la extinción del derecho que fue declarado en la recurrida, derecho cuestionado cuyo examen no podemos realizar por falta de contradicción.

Como cuestión previa, hemos de recordar que la última de nuestras sentencias citada de 27 de abril de 2006, ya declaró, en proceso de conflicto colectivo, que tales derechos consolidados pueden ser objeto de transacción. Y el documento cuya eficacia se cuestiona por la parte y se niega en la sentencia recurrida, es expresión de una transacción, respecto a la que ninguna imputación se realiza de que fuese suscrito, con violencia dolo o intimidación. La interpretación de su alcance debemos realizarla

siguiendo las pautas establecidas en los art. 1281 y siguientes del Código civil. El texto hace una alusión expresa a la baja en el Régimen de Previsión de la Entidad y adquiriendo el compromiso de no pedir ni reclamar nada más. Como acto simultáneo que puede ayudar a desentrañar la intención de los contratantes hemos de tomar en consideración que en el mismo acto se entregó al hoy demandante la suma de 51.863.600 pesetas. Todo ello ocurrió en 1996, fecha en la que los posibles derechos al rescate de los valores consolidados estaba discutido, hasta el punto de que el conflicto colectivo que dio lugar a la Sentencia de esta Sala de 31 de enero de 2001, fue promovido por la Caixa. Es decir el documento se suscribió cuando los posibles derechos de los trabajadores despedidos se hallaban en cuestión. El negocio que se realizaba era incardinable en el mandato del art. 1809 del Código civil según el cual "la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Los actos posteriores son igualmente elocuentes. El recibo se suscribió en 1996 y no es hasta el 2001 que se presenta la demanda. Si en aquel acto no se hubiera tenido la intención de transigir los posibles derechos derivados del Plan de Pensiones, la demanda se hubiera interpuesto a renglón seguido. Pero no se hizo así. Se interpuso cinco años después (agosto de 2001) cuando ya se conocía la sentencia de esta Sala que decidía sobre la cuestión. Inactividad de la que puede colegirse que el trabajador sabía que había transigido y por una suma más importante en 1996, que lo es en la actualidad. Y cuando se despeja la duda sobre la existencia del derecho, por la sentencia referida, se intenta la presente reclamación, dejando sin efecto la transacción que se realizó en presencia de la incertidumbre.

No ignoramos que en nuestras sentencias de 11 de noviembre de 2003 (Recurso 3842/2002) y la de 19 de febrero de 2.007 (Recurso 804/04) llegamos a otra conclusión en lo referente a la eficacia del recibo firmado. Pero allí las circunstancias eran diferentes, pues en el acto de conciliación no se hizo referencia alguna a los posibles derechos derivados del Fondo de Pensiones, institución que ni tan siquiera se mencionaba en el acta de conciliación, en la que, por otra parte se desglosaban las cantidades recibidas y el concepto en que lo eran y, en el recibo que se extendió

posteriormente es donde, por primera vez aparecía la alusión al "régimen de previsión del personal". Conjunto de circunstancias que nos permitió concluir que no era posible extender los efectos de aquel recibo a los derechos derivados del plan de pensiones. En el supuesto hoy enjuiciado, como más arriba hemos expresado, en el acta de la conciliación celebrada, se hacía específica referencia a la baja en el régimen complementario del personal de la Caixa.

Implica lo expuesto que hayamos de estimar este motivo del recurso y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el de esta clase interpuesto por la demandada contra la sentencia de instancia, revocándola y absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra en los presentes autos.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Que estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre de CAIXA D'ESTALVIS I DE PENSIONS DE BARCELONA (LA CAIXA) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de fecha 21 de octubre de 2.002, casamos y anulamos dicha resolución y resolviendo el debate planteado en suplicación estimamos el de esta clase interpuesto por la CAIXA D'ESTALVIS I DE PENSIONS DE BARCELONA contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Ibiza de fecha 27 de marzo de 2002 dictada en la causa nº 469/01 de aquel Juzgado resolución que revocamos y absolvemos a la demandada recurrente de las pretensiones deducidas en su contra por D. Joaquín.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir y cancélense las restantes garantías.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Ramón Martínez Garrido hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

21-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ABRIL DE 2009

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.-Por la representación de la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio se presentó demanda sobre Conflicto Colectivo de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare: <<el derecho de los trabajadores de la Red de Tiendas de la provincia Girona, a percibir el abono de la Paga de Fidelidad, consistente en una gratificación/paga equivalente al 3% del nivel retributivo que le corresponda por su categoría en el Convenio, previo cumplimiento de los requisitos del acuerdo>>.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda, tuvo lugar el acto del juicio, en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.-El día 12 de febrero de 2.008, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: <<Desestimamos la demanda de conflicto colectivo interpuesta por la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO) contra la empresa

Distribuidora Internacional de Alimentación S.A., Unión General de trabajadores (UGT) y Comercio de Comisiones Obreras (CCOO) y en su virtud, absolvemos a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra. Sin hacer especial pronunciamiento sobre costas del proceso>>.

En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: <<1º.-La empresa Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. venía abonando al personal de la red de tiendas de la provincia de Girona una paga de fidelidad equivalente al 3% del nivel retributivo correspondiente a todos los trabajadores que el año natural anterior no hubieran superado el 3% de absentismo. El último pago por este concepto fue a principios del año 2006, retribuyendo la paga de fidelidad correspondiente al año 2005.- 2º.-El abono de dicha paga se realizaba en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio Colectivo del comercio en general de la provincia de Girona. en su versión para los años 2004 y 2005 (folios 41 a 45), bajo el epígrafe Paga de fidelidad, se contemplaba dicha gratificación en los siguientes términos (art. 34):"Los trabajadores que en el año natural anterior no hayan superado el 3% de absentismo, descontándose de este concepto las horas no trabajadas bien por accidente de trabajo, por licencia legal, por maternidad o por situaciones que de ella se deriven, tendrán derecho a recibir una gratificación/paga equivalente al 3% del nivel retributivo que les corresponda por su categoría en el convenio. La cuantía de esta gratificación/paga se incluirá en la nómina del próximo mes de enero y, siempre que administrativamente se pueda resolver, se cobrará antes del 15 de enero (...)".-3º.-El 8 de junio de 2006 se firmó por las partes negociadoras el I Convenio Colectivo de la empresa Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. para los años 2006 a 2009 (folios 75 a 90), siendo publicado en el BOE de 30 de agosto de 2006, con vigencia general desde la fecha de la firma, retrotrayendo sus efectos económicos al 1 de enero de 2006. En el capítulo VII del Convenio se regula el régimen retributivo, dentro del cual no se contempla la paga de fidelidad.- 4º.-Como el Convenio Colectivo del comercio en general de la provincia de Girona para los años 2004-2005 finalizó su vigencia el 31 de diciembre de 2005, y se estaba negociando el siguiente, a fin de mantener la paga de fidelidad durante el año 2006 -que se abonaría, en su caso, a principios del año 2007-, la Dirección de la empresa y el Comité de la red de tiendas de

Girona decidieron hacer mención expresa a dicha paga en el Calendario Laboral para 2006 (folios 33 a 36), contemplándola en uno de sus apartados, que reproduce literalmente su regulación convencional, con indicación adicional de que la empresa haría entrega mensualmente al Comité de empresa de una relación del personal que hubiera estado de baja. Dicho Calendario Laboral fue suscrito en reunión que celebraron las partes el 8 de febrero de ese año (acta obrante a folios 37 y 38). En los calendarios laborales anteriores no se había hecho nunca mención al referido complemento salarial.-5º.-En el año 2007 la empresa no ha abonado a los trabajadores la paga de fidelidad correspondiente al año anterior, argumentando que el 1 de enero de 2006 entró en vigor el nuevo Convenio nacional de empresa que no la contempla.-6º.-El día 7 de julio de 2006 las partes negociadoras suscribieron el Convenio Colectivo de trabajo del comercio en general para la provincia de Girona para los años 2006-2008 (folios 46 a 51), entrando en vigor un mes después, de su firma, retrotrayendo sus efectos económicos al 1 de enero de 2006, en cuyo artículo 33 se regula la paga de fidelidad para el año 2006 en los mismos términos señalados en el hecho probado segundo>>.

CUARTO.-Por la representación de la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio, se formaliza recurso de casación contra la anterior sentencia, en el que se formula el siguiente motivo con fundamento en el art. 205 e) de la LPL, por infracción de los arts. 26, 84 y siguientes del ET.

QUINTO.-Personada la parte recurrida y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el recurso improcedente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de abril de 2.009, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.-La Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (FETICO) planeó demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se postulaba el reconocimiento del derecho de los trabajadores de la Red de tiendas de Girona de la empresa DIA "a percibir el abono de la Paga de Fidelidad, consistente en una gratificación/paga equivalente al 3% del

nivel retributivo que le corresponda por su categoría en el Convenio, previo cumplimiento de los requisitos del acuerdo".

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia desestimó íntegramente la demanda en sentencia de 12 de febrero de 2.008, que ahora se recurre en casación. Para llegar a tal conclusión la Sala razona sobre el sistema por el que se regían las relaciones laborales de la empresa y la forma en la que pudieron incidir en ella los sucesivos Convenios Colectivos aplicables. En los incombatidos hechos probados de la misma se da cuenta de la siguiente situación, que resumimos:

a) Las relaciones laborales de estos trabajadores de Girona de la empresa Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. se habían venido rigiendo por el Convenio Colectivo del comercio en general de la provincia de Girona (2.004-2.005), en cuyo artículo 34 se regulaba la paga de fidelidad en su artículo 34 en los siguientes términos: “los trabajadores que en el año natural anterior no hayan superado el 3% de absentismo, descontándose de este concepto las horas no trabajadas bien por accidente de trabajo, por licencia legal, por maternidad o por situaciones que de ella se deriven, tendrán derecho a recibir una gratificación/paga equivalente al 3% del nivel retributivo que les corresponda por su categoría en el convenio. La cuantía de esta gratificación/paga se incluirá en la nómina del próximo mes de enero y, siempre que administrativamente se pueda resolver, se cobrará antes del 15 de enero". Ese Convenio extendió su vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2005.

b) La empresa venía abonando en cumplimiento del referido precepto esa paga de fidelidad a principios del año vencido siguiente. Así se hizo en la del año 2.005, que se pagó a principios del año 2006, pero no se abonó la correspondiente a 2.006.

c) Finalizada la vigencia del Convenio del Comercio de Girona el 31 de diciembre de 2.005 y como se estaba negociando el siguiente, a fin de mantener la paga de fidelidad durante el año 2006 -que se abonaría, en su caso, a principios del año 2007, la Dirección de la empresa y el Comité de la red de tiendas de Girona decidieron hacer mención expresa a dicha paga en el Calendario Laboral para 2006 (hecho probado cuarto).

d) El 8 de junio de 2006 se firmó por las partes negociadoras el I Convenio Colectivo de la empresa Distribuidora Internacional de Alimentación S.A. para los años 2006 a 2009, con vigencia general desde la fecha de la firma, retrotrayendo sus efectos económicos al 1 de enero de 2006. En el capítulo VII del Convenio se regula el régimen retributivo, dentro del cual no se contempla la paga de fidelidad.

e) Días después, el 7 de julio de 2006 las partes negociadoras suscribieron el Convenio Colectivo de trabajo del comercio en general para la provincia de Girona para los años 2006-2008, que entró en vigor un mes después de su firma y retrotrajo sus efectos económicos al 1 de enero de 2006, en cuyo artículo 33 se regula la paga de fidelidad para el año 2006 en los mismos términos del Convenio anterior.

La parte actora pretende en su demanda la aplicación simultánea del beneficio que supone el percibo de la paga de fidelidad del Convenio del Comercio, en los términos fijados en el calendario laboral a que antes se hizo referencia, con el Primer Convenio de la empresa DIA, que como se dijo, produjo sus efectos desde el 1 de enero de 2.006. Sobe este punto la sentencia recurrida razona para desestimar la demanda que lo que se había producido realmente era"... una sucesión normativa, el paso de un Convenio Colectivo a otro, pues al Convenio Colectivo del sector del comercio de ámbito provincial para 2004-2005le sucede en el tiempo el Convenio de empresa de ámbito estatal, con efectos desde 1 de enero de 2006. Si bien es cierto que el nuevo Convenio Colectivo del sector del comercio para la provincia de Girona para los años 2006 a 2008 sigue contemplando la paga de fidelidad, tal Convenio se suscribió el 7 de julio de 2006, esto es, con posterioridad a la suscripción del I Convenio de empresa, siendo este último en cualquier caso el aplicable por razón del principio de especialidad".

En cuanto al acuerdo suscrito y plasmado en el calendario laboral de 2006 la Sala de Cataluña afirma que sólo podría producir efectos en ausencia de convenio o si éste no regula la materia a que se refiere el acuerdo. “Pero cuando, como es el caso-se dice literalmente e la sentencia recurrida-el vacío normativo provocado por la pérdida de vigencia del convenio anterior, se cubre por el nuevo convenio de empresa, cesa

automáticamente la vigencia de lo acordado en dicho Calendario en torno a la paga de fidelidad, ante la supremacía del Convenio sobre tal acuerdo a la hora de fijar las condiciones retributivas de los trabajadores".

SEGUNDO.-En el recurso de casación que frente a la referida sentencia formula el Sindicato demandante FETICO, en un único motivo sostenido al amparo de lo previsto en el artículo 205 e) de la Ley de Procedimiento Laboral , se denuncia la infracción de los artículos 26, 84 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores .

Sin embargo, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, el motivo no puede prosperar y el recurso ha de ser desestimado, puesto que el problema suscitado en la demanda referido a la empresa DIA, y más concretamente, en los centros de trabajo de Girona, se ha de resolver mediante la aplicación de los principios legales de sucesión de convenios y modernidad contenidos en los artículos 82.4 y 86.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre tales principios, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones, como en las sentencias de 16 y 18 de julio de 2.003 (recursos 862/2002 y 3064/2003), para llegar a la conclusión de que el principio de modernidad del Convenio permitía al posterior dejar sin efecto, alterar o modificar las mejoras de las prestaciones acordadas en el anterior pacto.

Los argumentos que utilizó esta Sala en tales sentencias, cabe resumirlos en el sentido de que el artículo 82.4 ET es diáfano cuando establece que “El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio colectivo”, de forma que la interpretación de la norma no ofrece mayores dificultades, cualquiera que sea el método hermenéutico a que se pueda acudir, de los enumerados en el artículo 3 del Código Civil. La voluntad expresada del legislador es clara en cuanto ha optado por una mayor potenciación de la libertad de negociar, eliminando las trabas que pudieran condicionar la capacidad de pactar de los negociadores, a cuyo fin dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en convenios colectivos

anteriores, sin hacer distingos con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados.

Por otra parte, la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1.998 (recurso 2987/97), dictada en Sala General, contiene la doctrina de que "... la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye el principio de modernidad, en el que se funda la ordenación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del Derecho (artículo 2.2 del Código Civil). Esta regla rige también para la sucesión de los convenios colectivos estatutarios dentro del mismo ámbito. El artículo 82.3.1º del Estatuto de los Trabajadores no dice otra cosa cuando señala que los convenios colectivos obligan "durante todo el tiempo de su vigencia", pues esa vigencia, como la de toda norma, puede terminar por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango.

En consecuencia, acierta plenamente en la aplicación de tales preceptos la sentencia recurrida cuando afirma que el Convenio Provincial por el que se regían los establecimientos de la provincia de Girona afectados, cuya duración o vigencia se extendió hasta el31 de diciembre de 2.005, quedó sustituido por el Convenio de Empresa, que fue firmado el 8 de junio de 2.006 y que retrotrajo sus efectos hasta el 1 de enero de ese año. Por eso aunque las partes habían adoptado algunas medidas para el caso de que ese Convenio no fuese firmado y hubiese que sujetarse al Provincial del Comercio de Girona, como fue el calendario laboral pactado para el 2.006 al principio de ese año en el que se hacía referencia a la discutida paga de fidelidad, lo cierto es que esas previsiones que necesitaban de la aplicación posterior del Convenio sobre el que se asentaban, nunca podrían haberse materializado por falta de ese presupuesto, desde el momento en que el Convenio de Empresa entró en vigor antes que el nuevo Convenio del Comercio de Girona, y además supuso una mejora en conjunto en relación con las condiciones laborales anteriores de los trabajadores afectados.

TERCERO.-En consecuencia, al no contener el Convenio de Empresa aplicable ninguna referencia a la paga de fidelidad, no cabe sostener la existencia del derecho a su percibo bajo el imperio normativo del mismo. No obstante, el Sindicato demandante

sostiene el solapamiento o compatibilidad de la aplicación de tal nuevo Convenio y la referida paga, alegándose, en esencia, que se trata de una condición más beneficiosa, o un de pacto introducido en el calendario laboral para el año 2.006.

Pero realmente no puede acogerse la legalidad de ninguna de las dos vías por las que parece encauzarse la pretensión. Por un lado no estamos en presencia de una condición más beneficiosa, pues la simple aplicación del Convenio del Comercio de Girona y de la paga de fidelidad que contenía, no era sino una consecuencia de la vigencia de esa norma paccionada, que quedó sin efecto por la aplicación de otra norma pactada posterior, el Convenio de Empresa, de forma que la pervivencia de determinadas condiciones anteriores no vigentes cuando éstas estaban contenidas en el artículo 34 del Convenio anterior, nunca podría ser viable puesto que el Convenio anterior dejó de aplicarse en su integridad.

Por otra parte, tampoco existió realmente un pacto en la empresa para que continuase abonándose para el 2.006 la paga de fidelidad, desde el momento en que, tal y como se desprende de los hechos probados de la sentencia recurrida y se razona en su fundamentación jurídica, la introducción en el calendario laboral para el año 2.006 (pactado el 8 de febrero de 2.006) de las previsiones necesarias para la aplicación del artículo 34 del Convenio provincial fue un acto de prevención o cautela para permitir que se devengase el derecho en una situación en la que el Convenio que contenía el mismo había terminado su vigencia y se estaba negociando el siguiente. Pero esa previsión quedó sin contenido real cuando el Convenio en el que se apoyaba nunca llegó a entrar en vigor en la empresa ni resultó de aplicación por tanto a los trabajadores afectados.

De tales razonamientos se desprende que la sentencia recurrida no incurrió en las infracciones que se denuncian en el recurso, lo que determina la necesidad de desestimar el mismo y confirmar así la decisión de instancia en su integridad, sin que proceda la imposición de costas, tal y como establece el número 2 del artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO (FETICO), contra la sentencia de 12 de febrero de 2.008 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el procedimiento número 26/2007 seguido a instancia de la aquí recurrente contra Distribuidora Internacional de Alimentación, S.A., la Unión General de Trabajadores y Comercio de Comisiones Obreras sobre Conflicto Colectivo. Sin que proceda la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

22-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE JUNIO DE 2013

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Sindicato Nacional de CC.OO. de Galicia y la Federación de Trabajadores de Enseñanza de la Unión General de Trabajadores, formularon demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de Galicia, sobre conflicto colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaron de aplicación, terminaban suplicando se dicte sentencia por la que se declare: 1) La obligación conjunta y solidaria de la Administración demandada y de las patronales codemandadas de abonar de forma efectiva la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa a los trabajadores que, cumpliendo los requisitos establecidos, así lo soliciten o ya lo hayan solicitado. 2) Subsidiariamente, la obligación de la Administración demandada de establecer o, en su caso, acordar el procedimiento y calendario de abono de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa conforme a las previsiones contenidas en el art. 61 del V Convenio de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, al objeto de permitir que los trabajadores beneficiarios, que han generado el derecho o que en el futuro lo generen, puedan percibirla en la cuantía que corresponda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto de conciliación por la Sra. Secretaria de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia sin alcanzarse acuerdo y con la asistencia de las partes se celebró el acto de juicio con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO.- Con fecha 5 de junio de 2012, se dictó sentencia por el Tribunal Superior de Justicia, cuya parte dispositiva dice: "FALLAMOS: Desestimamos las excepciones de falta de conciliación previa y de falta de legitimación pasiva ad causam, alegadas por Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado de Galicia, con adhesión de Federación Autonómica de Educación y Gestión de Galicia y de Asociación de Centros de Ensino, Economía Social de Galicia; estimamos en parte la demanda interpuesta por Sindicato Nacional de Comisiones Obreras de Galicia y Federación de Trabajadores de la Enseñanza de la Unión General de Trabajadores, con adhesión de Unión Sindical Obrera y Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza, frente a Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado de Galicia, Federación

Autonómica de Educación y Gestión de Galicia y Asociación de Centros de Ensino, Economía Social de Galicia, declaramos el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a percibir de la Administración autonómica la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa, previa habilitación de la oportuna partida presupuestaria, y la desestimamos en sus demás peticiones, con expresa absolución Federación Autonómica de Centros de Ensino Privado de Galicia, Federación Autonómica de Educación y Gestión de Galicia y de Asociación de Centros de Ensino, Economía Social de Galicia".

CUARTO .- En la anterior sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El presente conflicto afecta al personal docente que presta servicios durante 25 años en centros de enseñanza privada en régimen de concierto con la Administración Pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia. SEGUNDO.- El V Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (Boletín Oficial del Estado 17 de enero de 2007), vigente en la actualidad, dispone:

- Artículo 4 "El ámbito temporal del presente Convenio, se extenderá desde su publicación en el BOE, hasta el 31 de diciembre de 2008. Los efectos económicos se aplicarán con carácter retroactivo, desde el 1 de enero de 2004, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda, respecto a las tablas salariales para los años 2004 y 2005.....".

- Artículo 61 "Los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa, tendrán derecho a una única paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Sin perjuicio del derecho establecido en el párrafo anterior, el procedimiento y calendario de abono de esta paga respecto al personal en régimen de pago delegado en los niveles concertados, será conforme a los Acuerdos autonómicos que se suscriban conforme a lo establecido en la Disposición Adicional octava del presente Convenio o en las Instrucciones o resoluciones que dicte la Administración educativa competente sobre dicho régimen".

- Disposición Adicional 8ª "En virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del presente Convenio, en las Comunidades y Ciudades Autónomas se podrán alcanzar

Acuerdos sobre las siguientes materias: 1) Complementos retributivos para todo el personal afectado por este Convenio. El abono de estos complementos, para los profesores incluidos en la nómina de pago delegado, estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración educativa correspondiente. Las empresas no abonarán directamente cantidad alguna por estos conceptos y en consecuencia no estarán obligadas a ello". TERCERO.- La Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y las representaciones empresarial y social celebraron reuniones sobre la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa (PEAE) en fechas 1 y 14 de diciembre de 2009, 18 de marzo, 27 de julio, 28 de octubre y 18 de noviembre de 2010. La resolución de 24 de noviembre de 2010 (Diario Oficial de Galicia 25 de noviembre de 2010) acordó publicar el acuerdo, alcanzado el 18 de noviembre de 2010, entre la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y las organizaciones patronales y sindicales de la enseñanza privada concertada de la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre la PEAE correspondiente al ejercicio 2011. Al tiempo que damos por reproducidos sus términos, el apartado quinto establece: 1. "La paga extraordinaria por antigüedad se abonará hasta el límite del crédito existente en la siguiente partida presupuestaria: Concepto, conciertos educativos. Aplicación, 09.05 422A.482. Importe, 1.000.000 euros". 3. "Las solicitudes presentadas y no tramitadas al amparo de este acuerdo se sustanciarán en el marco del acuerdo entre la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria y las organizaciones patronales y sindicales de la enseñanza privada concertada de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa que se formalizará en el año 2011 según las disponibilidades presupuestarias". CUARTO.- La comisión de seguimiento del acuerdo sobre la PEAE se reunió en fechas 15 de abril, 8 de julio, 13 de septiembre y 21 de noviembre de 2011. La Consellería y las representaciones empresarial y social citadas celebraron reuniones sobre la PEAE en fechas 30 de marzo y 21 de noviembre de 2011. La Consellería, por resolución de 22 de noviembre de 2011, acordó publicar en tal fecha y en la dirección http://www.edu.xunta.es, las listas definitivas de solicitudes admitidas, 344, más otras 2 aceptadas posteriormente, y excluidas, 43, de la PEAE. A cargo del ejercicio 2011 y para hacer efectivo el abono de la PEAE, la Consellería contabilizó

993.362'87 euros y consumió el crédito habilitado a tal fin. QUINTO.- La Ley 11/2011 de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia (LPGCAG) para el año 2012 (Diario Oficial de Galicia 30 de diciembre de 2011) dispone en su artículo 55 (Módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados): Dos. "..... En el año 2012 la Administración autonómica tampoco suscribirá acuerdos ni dictará instrucciones o resoluciones para el abono de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa prevista en el V Convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado por Resolución de 28 de diciembre de 2006, de la Dirección General de Trabajo (BOE de 17 de enero de 2007). SEXTO.- La Consellería y las representaciones citadas volvieron a reunirse el 29 de diciembre de 2011 acerca del estado de tramitación la PEAE y propuesta de acuerdo para su abono en 2012".

QUINTO .- Preparado recurso de casación por la Xunta de Galicia, se ha formalizado mediante escrito de fecha 13 de julio de 2012, consignándose el siguiente motivo: UNICO.- Al amparo del art. 207.d) de la Ley de la Jurisdicción Social, por infracción del art. 55.2 de la Ley 11/2011, de 26 de diciembre de presupuestos generales para la Comunidad Autónoma de Galicia, infracción del art. 46 de la Ley General Presupuestaria , Ley 47/2003 de 26 de noviembre, así como los arts. 9.1 y 135 de la Constitución.

SEXTO.- Evacuado el traslado de impugnación por las partes recurridas y personadas, y emitido el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar procedente el recurso, se declararon conclusos los autos y se señaló para votación y fallo el día 4 de junio de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que plantea el presente recurso de casación común u ordinaria, cuyo objeto es un litigio tramitado por la vía del conflicto colectivo, versa sobre la interpretación de las disposiciones legales y convencionales reguladoras de la "paga de antigüedad" prevista en la rama de la enseñanza privada concertada para el personal docente que cumpla 25 años de servicios en la empresa educativa. Se trata de

averiguar, más concretamente, si los profesores de este sector que prestan sus servicios docentes en la Comunidad Autónoma de Galicia, y que han solicitado el abono de este complemento retributivo en el año 2012, tienen derecho a percibirlo, a pesar de lo dispuesto expresamente en la Ley autonómica de Presupuestos para dicho ejercicio.

La sentencia de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha dado la razón a los sindicatos demandantes, declarando el derecho de los afectados a percibir dicha paga de antigüedad, previa habilitación por la Comunidad Autónoma de la partida presupuestaria correspondiente.

El recurso del Abogado del Estado denuncia infracciones varias y de distinta clase en la sentencia recurrida. Un primer grupo de disposiciones vulneradas se refiere, en la argumentación del escrito de formalización del recurso, a la normativa presupuestaria, tanto la general como la autonómica. Un segundo grupo comprende las disposiciones que contemplan la citada paga litigiosa en el Convenio Colectivo del sector y las normas sobre el sistema de fuentes del ordenamiento laboral. Estas disposiciones y normas son, ciñéndonos a las directamente aplicables para la resolución del caso, el artículo 55.2 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2012; el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003); el artículo 61 del V Convenio Colectivo de las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos ("enseñanza concertada"), y la Disposición Adicional 8ª del propio Convenio Colectivo.

SEGUNDO.- El artículo 61 del Convenio Colectivo aplicable prevé el abono de la paga de antigüedad objeto del litigio "conforme a los acuerdos autonómicos que se suscriban". La Disposición Adicional 8ª del propio convenio colectivo se encarga de precisar el verdadero alcance y contenido de dicha cláusula, dejando claro: a) que "las empresas no abonarán directamente cantidad alguna" por "los complementos retributivos" a favor de los "profesores incluidos en la nómina de pago delegado", al pago de los cuales "no estarán obligadas"; y b) que el abono de tales complementos, entre los que se encuentra sin duda la paga de antigüedad, "estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración Educativa correspondiente".

Consta en hechos probados que en la Comunidad Autónoma de Galicia los "acuerdos autonómicos" previstos en el citado artículo 61 del convenio dieron su fruto en la consignación de una partida presupuestaria para el abono "hasta el límite del crédito existente" de dicha paga de antigüedad en el ejercicio 2011. Nada de esto ha sucedido, en cambio, para los aspirantes a dicho complemento retributivo en el ejercicio siguiente de 2012. Por el contrario, el artículo 55.2 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para dicho año contiene una expresa e inequívoca prohibición de acuerdo autonómico de tal clase en los siguientes términos: "... En el año 2012 la Administración autonómica tampoco suscribirá acuerdos ni dictará instrucciones o resoluciones para el abono de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa prevista en el V convenio colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos".

Por su parte, el artículo 46 de la Ley General Presupuestaria establece las consecuencias de la contravención de las normas sobre "limitación de compromisos de gasto" en los siguientes términos: "Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el Título VII de esta Ley".

TERCERO.- La conclusión del silogismo judicial no parece nada difícil en el presente asunto, a la vista de la premisa mayor (normativa) y de la premisa menor (fáctica) expuesta en los fundamentos anteriores. Ciertamente, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, el recurso del Abogado del Estado de la Junta de Galicia debe ser estimado.

El artículo 55.2 de la Ley de Presupuestos de Galicia para 2012 contiene una clara norma prohibitiva, limitada lógicamente a dicho ejercicio anual, respecto de posibles acuerdos autonómicos entre la Administración Educativa y los representantes de los trabajadores relativos al abono de la paga de antigüedad prevista en el convenio

colectivo de la enseñanza concertada. La contravención de esta prohibición por parte de la autoridad gubernativa de la Comunidad Autónoma de Galicia, habilitando una partida presupuestaria en colisión con la misma, estaría además afectada de nulidad "de pleno derecho". A ello hay que añadir que el artículo 61 del convenio colectivo de la enseñanza privada concertada, interpretado sistemáticamente junto con la Disposición Adicional de la propia disposición convencional, no pretende en modo alguno la imposición de una obligación a un tercero - la Administración Educativa - que no estaba representado en la mesa negociadora; pretensión que, por lo demás, hubiera supuesto una flagrante vulneración de lo establecido en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores ("Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación"); precepto que recoge a su vez la exigencia lógica de acotamiento de la eficacia de los convenios colectivos a los trabajadores y empresarios representados por los sujetos negociadores.

En suma, el sometimiento de los jueces al "imperio de la ley" (art. 117.1 de la Constitución) significa en el presente litigio el cumplimiento del mandato del citado artículo 55.2 de la Ley autonómica de Presupuestos para 2012; lo que obliga a casar y anular la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación, formulado por LA XUNTA DE GALICIA, CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E ORDENACION UNIVERSITARIA, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, fecha 5 de junio de 2012, en actuaciones seguidas por EL SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS DE GALICIA y LA FEDERACION DE TRABAJADORES DE ENSEÑANZA DE UGT, contra LA FEDERACION AUTONOMICA DE CENTROS DE ENSINO PRIVADO DE CECE-GALICIA, UNION SINDICAL OBRERA (USO), CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA (CIG), CONSELLERIA DE CULTURA, EDUCACION E ORDENACION

UNIVERSITARIA XUNTA DE GALICIA, FEDERACION AUTONOMICA EDUCACION Y GESTION DE LA COMUNIDAD AUTONOMA GALICIA (EYG), ASOCIACION CENTROS ENSINO ECONOMIA SOCIAL DE GALICIA (ACES GALICIA) y FEDERACION SINDICATOS INDEPENDIENTES DE ENSEÑANZA (FSIE), sobre CONFLICTO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, con desestimación de la demanda interpuesta y absolución de la entidad demandada. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

23-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE ABRIL DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 20 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social número 7 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda interpuesta por Dª Elvira, contra Fundasa Control de Datos y Servicios S.A. (FUDOSA) y FOGASA, debo declarar y declaro improcedente el despido actuado por al empleadora demandada contra la parte actora y en consecuencia, condeno a dicha demandada a que, a su elección, la indemnice con 53.214,54 euros, o bien la readmita en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido y

le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón del salario declarado en el hecho probado primero de la sentencia, con la advertencia de que dicha opción deberá ejercitarse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así, opta por la readmisión, sin especial pronunciamiento respecto al FOGASA».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora, Elvira , ha venido prestando sus servicios por cuenta de Fundosa Control de Datos y Servicios S.A., desde el 3 de mayo de 1991, con la categoría de preparadora de trabajo y con un salario diario de 56'93 euros.

2º.- La actora es minusválida y presta sus servicios en un Centro Especial de Empleo, situado en Sevilla. La empresa cuenta con otros centros de trabajo en Madrid y Barcelona. En el centro de trabajo de Sevilla existen dos líneas de negocio: el servicio de Gestión Documental y el servicio de Marketing Directo. La actora presta servicios en este último, en el puesto de trabajo de grabador/escaneador. El servicio de Marketing Directo lleva a cabo una actividad de publicidad en papel.

3º.- El servicio de Marketing Directo en el centro de trabajo de Sevilla registró unas pérdidas de 125.022 euros en 2009, de 111.050 euros en 2010, de 145.983 euros en 2011 y de 113.951 euros en el primer semestre se de 2012. El centro de trabajo de Sevilla tuvo en 2011 unas pérdidas de 342.429 euros. La empresa tuvo en 2010 unas pérdidas de 41.002 euros y en 2011 de 92.513 euros.

4º.- La actora fue despedida el 16 de octubre de 2012, conforme al contenido de la carta de 1 de octubre que obra a los folios 641 a 644 y que se tiene aquí por reproducido. La empresa ofreció una indemnización de 20.381'72 euros.

5º.- A raíz del despido ha sido cerrado el servicio de Marketing Directo del centro de trabajo de Sevilla, habiendo sido despedidos por las mismas causas que la actora, 20 trabajadores (incluida la actora). Antes del despido el centro de trabajo de

Sevilla contaba con 38 trabajadores y el conjunto de la empresa con más de 300 trabajadores.

6º.- El 22 de octubre de 2.012 la empresa contrató a 9 trabajadores, el 6 de noviembre de 2.012 a otro y el 16 de noviembre de 2.012 también a otro.

7º.- Interpuesta papeleta de conciliación el 7 de noviembre de 2.012, resultó sin avenencia el 5 de diciembre, interponiendo demanda el anterior 26 de noviembre.

8º.- El 24 de mayo de 2.013 la empresa requirió al Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) del INSS, de Sevilla, que emitiese el informe previsto en el artículo 16.2.c) del Real Decreto 1368/1985, dado que iba a proceder al despido objetivo de Victoria y Dulce (las cuales habían sido despedidas el 16 de octubre de 2.012 junto a la actora). El EVI respondió el 5 de junio de 2.013 que ello no era de su competencia.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2015 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar el recurso interpuesto por la representación Letrada de Dª Elvira y FUNDOSA CONTROL DE DATOS SERVICIOS, S.A., condenando a esta última a la pérdida del depósito efectuado para recurrir y las consignaciones, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme, condenándole en costas, en las que se deberá incluir la cantidad de 600 euros, en concepto de honorarios del Sr. Letrado impugnante de su recurso».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Guerrero Castro, en representación de Dª Elvira, mediante escrito de 23 de septiembre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/2013. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 224 de la LRJS, en relación con el apartado e) del art. 207 de dicha Ley, infracción de los arts. 51 y 52 del ET y 122.2.b) y 124.2.b) de la LRJS, en relación con el art. 1.1 de la Directiva Comunitaria 98/59.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 20 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Lo esencial del recurso radica en determinar si debe acudirse a la empresa o al centro de trabajo para determinar el número de contratos extinguidos y la unidad de cómputo, a efectos de delimitar las fronteras entre despido colectivo y despido pluri individual.

Como apunta el Informe del Ministerio Fiscal, la cuestión es idéntica a la afrontada por el recurso de casación 36/2016, que desembocó en la STS 848/2016, de 17 de octubre, dictada por el Pleno de esta Sala, caso Zardoya Otis. Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, a su doctrina hemos de atenernos también en este caso.

1. Hechos y antecedentes relevantes.

A) Reproducidos más arriba los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Social, no combatidos en suplicación, a nuestros efectos basta con resaltar los más relevantes de ellos:

La actora, afectada por una discapacidad y con categoría de preparadora de trabajo, ha venido prestando servicios para la demandada (Fundosa Control de Datos y

Servicios SA) desde el 3 de mayo de 1991, concretamente en el centro especial de empleo (CEE) situado en Sevilla.

La empresa cuenta con otros centros en Barcelona y Madrid.

El 1 de octubre de 2012, con efectos del 16, se le comunica la extinción de su contrato de trabajo por motivos económicos, productivos y organizativos.

En el centro de Sevilla se han extinguido 20 contratos (incluyendo el de la demandante) de los 38 inicialmente existentes y ha sido cerrado el servicio de marketing directo en el que ella prestaba servicios.

El conjunto de la empresa tenía más de 300 trabajadores antes de los despidos.

B) Disconforme con esa extinción por causas objetivas, la trabajadora presenta demanda y el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla, resolviendo los autos 1395/2012, dicta sentencia con fecha 20 de septiembre de 2013. La resolución de instancia califica el despido como improcedente.

C) La trabajadora formula su recurso de suplicación articulando un único motivo, al amparo del art. 193.c LRJS. Denuncia la infracción de los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET); de los arts. 105.2, 122.2.b), 124.2.b) y 124.13.c) LRJS; y del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59. Entiende que la Directiva tiene efectos directos y es más favorable para los trabajadores, por lo que el número de trabajadores computable debe ser en el ámbito del centro de trabajo y no de la empresa en general.

D) La empresa también formaliza su propio recurso de suplicación. Interesa una adición y otra infracción, ambas relacionadas con la función del Equipo de Valoración de Incapacidades y los Equipos Multiprofesionales contemplados en el Real Decreto 1368/1985.

2. Sentencia recurrida.

La STSJ Andalucía (Sevilla) 1027/2015, de 15 de abril, desestima los dos recursos de suplicación interpuestos y confirma el fallo combatido, que declaró la

improcedencia del despido. Su argumentación, para rechazar el recurso de la trabajadora, puede resumirse así:

No cabe otorgar efecto directo a lo recogido en la Directiva comunitaria 98/59, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos.

Rechaza el motivo dirigido a denunciar infracción del art. 51 del ET, pues el cómputo de trabajadores a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET debe realizarse por centro de trabajo y no en la globalidad de la empresa.

Razona la Sala, con remisión al criterio de la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008), seguido en la posterior de 14 de febrero de 2013 (rec. 68/2013), que debe estarse al número total de trabajadores de la empresa.

Sin que ello contravenga lo dispuesto en la normativa comunitaria, al ser la regulación nacional más favorable para los trabajadores en lo que se refiere a la unidad de referencia física. A lo que se añade que se ha acreditado que las pérdidas afectan a toda la empresa.

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 22 de septiembre de 2015, el Abogado de la despedida formaliza recurso de casación para unificación de doctrina, postulando la declaración de nulidad del despido.

Sostiene que la referencia en cuanto al cómputo de los umbrales numéricos debe situarse en el centro de trabajo donde realizaba sus actividades la trabajadora y no en relación a la empresa en su totalidad. Y como se acredita que en dicho centro de trabajo se han producido un número de extinciones de contratos superiores a los límites legales y la empresa no ha seguido los trámites del despido colectivo, debe declararse la nulidad del cese.

B) Con fecha 17 de mayo de 2016 el Abogado de la empresa formaliza la impugnación al recurso de la trabajadora. Niega que exista la contradicción legal porque la sentencia de contraste aborda el supuesto de empresa perteneciente al sector público y

eso justifica que se le extienda la Directiva, mientras que su naturaleza es completamente privada.

Sostiene asimismo que la Directiva de referencia solo obliga a los Estados, y que los particulares perjudicados por su deficiente trasposición deben reclamar al Estado.

Asimismo, en tercer lugar, denuncia la grave quiebra de la seguridad jurídica que se produce si un caso suscitado cuando la jurisprudencia posee determinado sentido se resuelve con arreglo a criterio posterior.

C) Con fecha 9 de junio de 2016, el Fiscal emite su Informe manifestando que comparte en su integridad las alegaciones del escrito de impugnación al recurso: las sentencias no son contradictorias; si hay deficiente trasposición no cabe invocar la aplicación directa de la Directiva frente a particulares; no cabe resolver el caso con arreglo a una jurisprudencia diversa a la coetánea al mismo.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Tanto por constituir un presupuesto procesal del recurso de casación unificadora (art. 219.1 LRJS) cuanto por haberlo cuestionado el escrito de impugnación, hemos de examinar si concurre la preceptiva contradicción entre las sentencias comparadas.

1. Exigencia legal y jurisprudencial.

A) El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones

sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 -rcud 2334/12 -, entre otras).

2. Sentencia de contraste.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada POR el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015 (asunto 382/13), Rabal Cañas, en la que se discute y resuelve sobre la interpretación del concepto de "centro de trabajo" que figura en el art. 1 apartado 1 párrafo 1º de la Directiva 98/59.

También aborda la eventual inclusión, a efectos de la consideración de despido colectivo, de las extinciones individuales de contratos de duración determinada, cuando

se producen en el momento en que se cumple el tiempo del contrato o finaliza la tarea encomendada.

En fin, examina asimismo si, para que las extinciones de contratos de trabajo de duración o para obra determinada deban incluirse a efectos de la calificación del despido como colectivo, la causa del cese debe derivarse de la misma contratación colectiva, es decir, la que tiene la misma duración o el mismo objeto.

Dicha sentencia dictamina que la normativa española infringe la Directiva europea al utilizar la "empresa" como única unidad de referencia, concluyendo que: "el artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo(...) siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo (...)".

3. Alcance de la sentencia referencial.

Ministerio Fiscal y empresa recurrida advierten que la sentencia de contraste contiene doctrina solo aplicable a las empresas del sector público (como la empleadora del supuesto allí abordado). Si así fuera estaríamos ante un elemento distorsionador de la identidad exigida a efectos de casación unificadora en el art. 219 LRJS.

Como la doctrina expuesta en al apartado 1 de este Fundamento viene advirtiendo, en determinados casos solo cabe pronunciarse acerca de la existencia de contradicción previo examen del fondo del asunto. Es lo que sucede ahora: necesitamos aquilatar si la doctrina sentada por la STJUE en el caso Rabal Cañas circunscribe sus efectos a las empresas públicas.

La ya citada STS 848/2016 de 17 de octubre ha abordado esa cuestión con extensos razonamientos que no es menester ahora reproducir. Tras admitir que no procede la aplicación directa de la Directiva se expone que sí cabe una interpretación conforme de la legislación española puesto que el art. 51.1º ET no ha excluido de forma específica y expresa la posibilidad de aplicar ese precepto en referencia al centro de

trabajo. Si esta posibilidad no cupiera sería inviable una interpretación conforme al Derecho de la Unión, que resultaría manifiestamente incompatible y contradictoria con el texto de la norma interna dando lugar a un inadmisible resultado contra legem .

4. Consideraciones específicas.

A la vista de lo establecido en el art. 219.2 LRJS consideramos concurrente la contradicción. La sentencia recurrida resuelve el supuesto a la luz de la jurisprudencia de esta Sala Cuarta (SSTS de 18/3/2009, rec. 1878/2008) y 14 octubre 2013, rec. 68/2013) recaída antes de publicarse la sentencia del TJUE ofrecida de contraste.

Mientras la sentencia recurrida mantiene el criterio de que la unidad de cómputo ha de ser siempre la totalidad de la empresa, la sentencia de contraste considera imprescindible que los umbrales numéricos pueden ir referidos al centro de trabajo y no a la globalidad de la empresa.

Cabe resaltar que la opción de la jurisprudencia de esta Sala a favor de la globalidad de la empresa como unidad de referencia en relación a los umbrales del art. 51.1 del ET se basaba en el carácter más favorable de la norma estatal. Pues bien, el TJUE indica en el párrafo 52 de la sentencia de contraste: "La sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo».

Al aquilatar el alcance de la STJUE referencial, nuestra STS 848/2016 ha privado de soporte a la argumentación acerca de que su doctrina no afecta a las empresas de naturaleza privada. En esas condiciones, que la empleadora del caso Rabal Cañas posea naturaleza diversa a la ahora recurrida no comporta que quiebre la preceptiva identidad de supuestos comparados.

TERCERO.- Unidad de referencia a efectos del despido colectivo.

A) Superado el requisito de la contradicción, hemos de recordar nuevamente lo expuesto por la STS 848/2016 de 17 de octubre. Remitiéndonos a sus extensos razonamientos, bastará ahora con recordar una parte de lo afirmado en su Noveno Fundamento, avalando la tesis sostenida por el recurso:

La interpretación conforme de nuestra norma nacional es la que nos lleva a entender que su objeto no es otro que extender a la empresa la unidad de cómputo de los umbrales que separan el despido colectivo del objetivo, pero sin contener previsión alguna de la que se derive la exclusión de los centros de trabajo que reúnan esos mismos requisitos numéricos, dando con ello lugar a una confusa redacción que puede ser integrada con la aplicación del principio de interpretación conforme, que permite interpretar el precepto en el sentido de que procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores.

A lo que podemos añadir un argumento de singular trascendencia, cual es el hecho de que otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo.

Como hemos adelantado, la dimensión necesariamente plural del despido colectivo impide la aplicación de este régimen jurídico a cualquier centro de trabajo, lo que nos lleva a insistir en la circunstancia de que esa misma interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la Directiva, sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de

despidos colectivos, y con independencia de la consideración como centro de trabajo que pudieren tener a otros efectos las unidades productivas de la empresa en las que estuvieren empleados un número menor de trabajadores.

B) Significa todo ello que deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores.

C) Puesto que la empresa posee más de 300 trabajadores y se acredita la terminación de 20 contratos, la escala del artículo 51.1 comporta que no se llega al umbral de despido colectivo ("treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores") si el mismo se interpreta con arreglo a la doctrina anterior a la STS 848/2016 de 17 de octubre.

Sin embargo, habida cuenta de que el CEE de Sevilla cuenta con treinta y ocho personas empleadas y se extingue el contrato de veinte, sí se supera el umbral de despido colectivo si el cómputo se lleva a cabo en ese exclusivo centro de trabajo ("diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores", reza el artículo 51.1.a ET).

CUARTO.- Aplicación de jurisprudencia sobrevenida.

A) Como se ha expuesto, nuestras SSTS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008) y de 14 de febrero de 2013 (rec. 68/2013) sostienen una interpretación favorable a la tesis de la empresa. La sentencia recurrida se basa expresamente en tal criterio. El Ministerio Fiscal y la empresa (en su solvente escrito de impugnación al recurso) advierten acerca de la vulneración de la seguridad jurídica. Conforme a su argumentación, teniendo en cuenta que el despido tuvo lugar el 16 de octubre de 2012, y la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, contenida en los extensos razonamientos jurídicos de la sentencia de 18.3.2009, no puede declararse la nulidad por

no haber seguido la empresa la tramitación de los despidos colectivos, al actuar conforme el tenor literal del art. 51.1 ET.

B) Queda ya explicado repetidamente que nuestra STS 848/2016 de 17 octubre ha procedido a completar y retocar la doctrina precedente, como en su Fundamento de Derecho Décimo ella misma admite. En los Fundamentos anteriores hemos sintetizado las razones por las que se produce ese cambio de criterio y que alejan la sombra de una arbitraria desigualdad en la aplicación de la ley.

Pese a ello, en la línea justificativa que nos es exigible en casos como el presente debemos añadir algo más para conjurar una eventual protesta sobre la aplicación retroactiva de soluciones ignoradas en el momento del litigio.

C) Por lo pronto, estamos ante un supuesto bien diverso del que surge cuando un asunto ya llevado a los tribunales es normado (retroactivamente) para alterar su previsible solución. En tal caso sí puede considerarse que hay una vulneración del derecho al proceso debido (tutela judicial efectiva) por parte de la ley retroactiva (STEDH 14 enero 2014, Montalto).

En el presente caso se trata de que la jurisprudencia ha variado, no de que las normas hayan cambiado y se proyecten sobre hechos anteriores. El canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones inter privatos (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos.

D) Nuestro Auto de 26 de octubre 2015 (rec. 2186/2014) y las sentencias que, recientemente han resuelto los recursos 961/2015 y 2185/2015 han tenido oportunidad de afrontar sendos supuestos en los que se aplica solución diversa a la adoptada en casos precedentes, incluso respecto del mismo empleador (extremo que no acaece ahora). Reiteremos, pues, algunas consideraciones allí vertidas:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan

un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso Unédic contra Francia, § 74).

La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).

La STC 72/2015, de 14 abril, pone de relieve que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law , en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling, rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (STC 95/1993, de 22 de marzo).

E) Desde luego, no existe vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE) ni se infringe el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) por el hecho de haber cambiado nuestra doctrina y de resolver un caso con la mantenida (vigente, viva) cuando se decide el mismo.

Dicho abiertamente: no existe vulneración de principios o valores constitucionales como consecuencia de que trabajadores despedidos en las mismas condiciones reciban respuestas heterogéneas, siendo las resoluciones distantes en el tiempo y habiendo mediado en el interregno un cambio doctrinal relevante para el caso. Al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que hacemos es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.

F) No hay por tanto retroactividad proscrita en la decisión que adoptamos en esta sentencia al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina con arreglo a nuestros precedentes jurisprudenciales recientes y no conforme al criterio sostenido en las SSTS de 18/3/2009 (rec. 1878/2008) y 14 octubre 2013 (rec. 68/2013).

En este sentido resulta pertinente recordar que, aunque al hilo de asunto civil (validez de las "cláusulas suelo" en los préstamos hipotecarios), el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, ha dictado sentencia en los asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15, "caso Gutiérrez Naranjo", en la que se deja sin efecto la limitación temporal que la Sala Primera de este Tribunal Supremo había impreso a su doctrina sobre nulidad de las mismas.

QUINTO.- Resolución.

A) Prescribe el artículo 228.2 LRJS que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.

B) Desestimado el recurso de suplicación de la empresa, pero no cuestionada esa decisión ante este tercer grado, la misma quedó firme y no corresponde ahora realizar pronunciamiento alguno al respecto.

C) Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, la trabajadora ha formalizado su recurso de suplicación articulando un único motivo, al amparo del art. 193.c LRJS. Denuncia la infracción de los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET); de los arts. 105.2, 122.2.b), 124.2.b) y 124.13.c) LRJS; y del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59. Entiende que la Directiva tiene efectos directos y es más favorable para los trabajadores, por lo que el número de trabajadores computable debe ser en el ámbito del centro de trabajo y no de la empresa en general.

Cabalmente, la doctrina que hemos acuñado y reiteramos como correcta conduce a la íntima integración del recurso, declarando la existencia de un despido nulo y la consiguiente obligación empresarial. Recordemos que el artículo 124.13 LRJS prescribe que en casos como el presente (" Cuando el despido colectivo no haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores") juegan determinadas reglas; entre ellas aparece la declaración de nulidad del despido cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, lo que es el caso.

En fin, el artículo 113 LRJS viene prescribiendo que si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. Su aplicación es preceptiva por la doble remisión de los artículos 124.13 (Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley ") y 123.2 (" Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso") de la LRJS.

D) En fin, el artículo 235. LRJS dispone que La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o

cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido: 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Dª Elvira, representada y defendida por el Letrado Sr. Guerrero Castro. 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 15 de abril de 2015, en el recurso de suplicación nº 810/2014, en lo que afecta al recurso interpuesto por la trabajadora, quedando intacta la desestimación del recurso de la empresa y los efectos de ello derivados sobre depósito, consignaciones y costas. 3) Estimar el recurso de suplicación interpuesto por Dª Elvira contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla, en los autos nº 1395/2012, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Fundosa Control de datos y Servicios S.A. (FUCODA) Y Fondo de Garantía Salarial, sobre despido. 4) Declarar la nulidad del despido comunicado por la empresa a la recurrente con fecha 1 de octubre de 2012, condenando a la empleadora a que readmita a la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir y de las cotizaciones a la Seguridad Social, sin perjuicio del reintegro o compensación del importe de la indemnización que hubiere percibido como consecuencia del referido despido. 5) No realizar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

24-SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 2017

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 16 de octubre de 2012, el Juzgado de lo Social número 1 de Algeciras (Cádiz), dictó sentencia, en la que como hechos probados se declaran los siguientes: PRIMERO.- Los actores, vienen prestando servicio para el AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, con las siguientes condiciones laborales: 1.- D. Ovidio, con categoría profesional de Operario de Servicios Múltiples, con prestación habitual de servicio de mantenimiento en las instalaciones deportivas municipales de Los Cortijillos, antigüedad desde 18.02.2004, a tiempo completo, salario mensual de 1.965,60 euros, equivalente a 65,52 euros diarios, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, suscribiendo contratos temporales sin solución de continuidad, según relación detallada en el hecho primero de la demanda, que se da por reproducido.- 2.- D. Roberto , con categoría profesional de Conserje, con prestación habitual de servicio del Colegio Municipal Los Cortijillos, antigüedad desde 15.09.2003, a tiempo completo, salario mensual dé' 1.815 euros, equivalente a 60,50 euros diarios, con inclusión de parte proporcional de pagas extraordinarias, suscribiendo contratos temporales sin solución de continuidad, según relación detallada en el hecho primero de la demanda, que se da por reproducido.- (hecho no controvertido, docs. 1 a 11 ramo prueba documental actora en Autos 401112 y Autos 402112).- SEGUNDO.- Mediante escrito de 31.01.2012 del AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, firmado por el Alcalde-Presidente, que se da por reproducido, se comunicó al actor la extinción de su relación laboral, en base a: Este Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en e! artículo 197 Bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General , ha aprobado los Presupuestos Anuales y la modificación de la Plantilla de Personal para el Ejercicio 2012 por acuerdo plenario de fecha 23 de diciembre de 2011, mediante el que se suprimen de la Plantilla de Personal una serie de plazas vacantes tanto de régimen funcionarial como de personal laboral fijo existentes en años anteriores, ello como consecuencia de las necesidades económicas de este municipio que han originado una disminución y eliminación de plazas vacantes.- Estando usted afectado mediante la amortización de la plaza de Operario de Servicios Múltiples, que viene ocupando temporalmente de forma interina, se pone en su conocimiento que se extingue su relación laboral con este Ayuntamiento a partir de la aprobación definitiva del

Presupuesto Anual y la modificación de la Plantilla de Personal para el ejercicio 2012, que tendrá efectos el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, que será expuesto en el Tablón de Anuncios de este Ayuntamiento a los efectos de público conocimiento" (doc. 12 ramo prueba documental actora Autos 401112, y Autos 402112).- TERCERO.- 1.- En el BOP de Cádiz número 23 de 03.02.2012, se publicó el Presupuesto General del Ejercicio 2012, que se da por reproducido, y Edicto que dispone: "...se entiende otorgada la confianza y aprobado el Proyecto de Presupuesto y, por tanto, queda aprobada la modificación de la Plantilla de Personal (Anexo 1) para el ejercicio 2012 consistente en la amortización de 113 plazas de Funcionarios, 90 plazas de Personal Laboral Fijo y 3 de personal eventual o de empleo.- Existiendo una decisión reglamentaria de amortizar una serie de plazas vacantes en la plantilla de personal funcionario, personal laboral fijo y personal eventual o de empleo, esta Corporación procederá a extinguir la relación laboral de todos aquellos empleados municipales afectados po, la supresión de las plazas que venían ocupando temporalmente de forma interina con efectos de fecha correspondiente al día siguiente al de la publicación de los Presupuestos Anuales y la modificación de la Plantilla de Personal para el ejercicio 2012 en el Boletín Oficial de la Provincia.- Publicándose igualmente como ANEXO 1 la relación de plazas que se amortizan, entre las que se encuentran 90 plazas de personal laboral fijo, las cuales 40 pertenecen a la denominación de Operario de Servicios Múltiples, no identificadas con el número de plaza ni los trabajadores que las ocupan.- 2.- El Acuerdo de aprobación definitiva del referido Presupuesto se encuentra impugnado ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.- (hecho no controvertido).- CUARTO.- 1.- En fecha 27.10.2011 el AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS presentó solicitud de E.R.E., registrado con número NUM000 . El 09.12.2011 presentó escrito por el que comunicaba a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, que tuviera por evacuado el trámite de la fase de negociación.- 2.- Mediante Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 19.12.2011, en relación al E.R.E. de referencia número NUM000, se tiene "por desistida la solicitud de autorización de despido colectivo de 178 trabajadores procediéndose al archivo del presente expediente". Que fue recurrida en reposición en fecha 20.01.2012,

sin que conste resolución al respecto.- 3.- Los actores recibieron comunicación interior del AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, de fecha 29.11.2011, convocándolos a reunión del día 01.12.2011, en relación al ERE, como personal afectado.- 4.- En la Memoria explicativa del citado ERE, el Ayuntamiento demandado manifestaba y reconocía expresamente que quedaba "...sometido en su actuación a la competencia de la jurisdicción social en todo lo referente a las incidencias y vicisitudes derivadas del contrato de trabajo (pág. 4)... En definitiva, los contratos que en este caso quedan afectados, se han celebrado en el seno de una organización empresarial pública de más de trescientos trabajadores, bajo el marco normativo laboral común y supera el número exigido por la norma que permitiera seguir los trámites individualizados de despidos, más de treinta, por tanto, quedan sometidos, por imperativo legal, al procedimiento establecido de regulación de empleo especifico, al Reglamento contenido en el R.D. 801/2011 (pág. 4-5) ... En otro orden de cosas, existe otro grupo de contratos en fraude de Ley, referido a aquellos contratos que habiendo transcurrido el período máximo estipulado, más de 3 años en régimen de contratación temporal, para la realización de obras o servicios determinados sin que se hubiera procedido a su regularización, a tenor de lo regulado en el artículo 15, apartado primero, del ET , que alcanzan una cifra de .115 trabajadores, cuya situación jurídica irregular ha devenido en que la Corporación local haya reconocido, mediante Decreto de fecha 3 de diciembre de 2010 , bajo la presidencia del entonces Alcalde D. Belarmino , una llamada «interinidad indefinida" que aunque no supone declaración de fijeza, gozan de un estatus de trabajador interino hasta la cobertura por vía reglamentaria de la plaza a la que esté vinculado con una duración contractual indefinida o cuando se produzca la amortización de la misma (pág. 16)... no se puede limitar la posibilidad de sometimiento a la norma laboral a los trabajadores que con él han contratado, ni sustraerles las garantías y derechos que en dicho procedimiento de regulación se les reconoce, máxime cuando todos y cada uno de los afectados reúnen los requisitos de cotización para acceder a las prestaciones sociales correspondientes, tales como indemnizaciones y desempleo, en tanto, puedan articularse las medidas paliativas propuestas en el Plan de Acompañamiento (pg 29)...".- (hecho no controvertido).- QUINTO.- Los trabajadores no ostentan ni han ostentado en el año

anterior en el cargo de representante legal o sindical de los trabajadores.- SEXTO.- Los actores interpusieron reclamación previa a la vía judicial en fecha 24.02.2012, ante el Ayuntamiento de los Barrios, que fue desestimada por silencio administrativo."

En dicha sentencia consta la siguiente parte dispositiva: "Estimo la demanda interpuesta por D. Ovidio, D. Roberto contra EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, y debo declarar y declaro, que el cese de la relación laboral, con efectos desde 04.02.2012, que unía a los demandantes con la demandada es un despido nulo, condenando al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS a estar y pasar por la anterior declaración, y a que en el plazo de cinco días les readmita en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones como indefinidos no fijos, y les abone los salarios de tramitación a razón de: a D. Ovidio: 62,52 euros/día.- a D. Roberto: 60,50 euros/día dejados de percibir, desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar".

SEGUNDO.- Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, dictó sentencia de fecha 24 de abril de 2014, aclarada por auto de fecha 12 de junio de 2014 aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del Excmo. Ayuntamiento de Los Barrios contra la sentencia de fecha 16/10/12, dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Algeciras (Cádiz), Autos nº 401 y 402/12 acumulados, seguidos a instancia de D. Ovidio y D. Roberto, contra el Excmo. Ayuntamiento de Los Barrios, y, en consecuencia, REVOCAMOS la Resolución impugnada y absolvemos al demandado de los pedimentos de los actores.- No se efectúa condena en costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Ovidio y D. Roberto recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 4 de diciembre de 2013 (Rec. nº 94/2013).

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso y evacuado el trámite de impugnación por el Ayuntamiento de Los Barrios, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal consideró el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 11 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- 1. La sentencia recurrida, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 24 de abril de 2014 (recurso 746/2013), aclarada por Auto 12 de junio de 2014, estimó el recurso de suplicación interpuesto por el Ayuntamiento de los Barrios, revocando la sentencia de instancia -que había declarado la nulidad del despido del que habían sido objeto de los trabajadores demandantes-, absolviendo a dicho Ayuntamiento de las pretensiones de la demanda por despido contra el mismo formuladas.

2. Constituyen antecedentes de interés por lo que al presente recurso interesa, los siguientes: a) Los trabajadores demandantes prestaban servicios para el Ayuntamiento de Los Barrios suscribiendo contratos temporales sin solución de continuidad, habiendo suscrito un contrato de duración determinada por interinidad a tiempo completo, como operarios de servicios múltiples hasta su cobertura por el procedimiento reglamentariamente previsto en la Ley de Régimen Local la LRFP; b) Mediante escrito de 31 de enero de 2012, el ayuntamiento comunicó a los trabajadores la extinción de su relación laboral, como consecuencia de la aprobación de los presupuestos anuales y la modificación de la plantilla de personal para el ejercicio de 2012, por la que se suprimen plazas vacantes tanto de régimen funcionarial como de personal laboral fijo existentes en años anteriores, y ello como consecuencia de las necesidades económicas del municipio que habían originado una disminución y eliminación de las plazas vacantes; c) El Ayuntamiento de los Barrios había presentado una solicitud de ERE el 27 de octubre de 2011, que se tuvo por desistida, por resolución de la Dirección General de Trabajo de 19 de diciembre de 2011; y, d) En la memoria explicativa del ERE, el

ayuntamiento reconocía que quedaba sometido en su actuación a la competencia de la Jurisdicción Social, por haberse celebrado los contratos afectados, en el seno de una organización empresarial pública de más de trescientos trabajadores, bajo el marco normativo laboral común y al superar el número exigido por la norma que permitiera seguir los trámites individualizados.

3. En su sentencia, la Sala de Suplicación se remite al criterio expresado previamente sobre un caso idéntico referido a otros trabajadores del mismo consistorio y en cuya sentencia se declaró, respecto del contrato de interinidad por vacante, suscrito en el ámbito de las Administraciones Públicas, que la extinción puede acordarse directamente por amortización de la plaza cubierta, sin necesidad de acudir a la vía del art. 52.c) ET . Así en el caso de los contratos de indefinidos no fijos se trata de contratos sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza, y cuando esta provisión reglamentaria no es posible por haberse amortizado la plaza, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) ET y el art. 1.117 del Código Civil, pues desde el momento que la plaza desaparece, es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria. Conforme a la anterior doctrina, la Sala concluye en el caso concreto que la amortización de las plazas que ocupaban los actores, en virtud de sus contratos de trabajo como interinos por vacante, o bien en su condición de laborales indefinidos no fijos, es causa suficiente para la extinción de los contratos, sin necesidad de tramitar el Expediente de Regulación de Empleo.

4. Contra esta sentencia interponen los trabajadores demandantes el presente recurso de casación unificadora, invocando como sentencia de contraste, la dictada por esta Sala IV en fecha 4 de diciembre de 2013 (rcud. 94/2013). Consta en esta sentencia, que la que la demandante había venido prestando servicios por cuenta y orden del ayuntamiento de Vall de Uxó desde el 1 de diciembre de 2003, como monitora del Centro del Voluntariado; el 9 de Septiembre de 2011, el Ayuntamiento demandado comunicó a la trabajadora la baja en el organismo, tras la amortización de la plaza/puesto vacante, que ocupaba. En fecha 29 de Septiembre de 2011 BOP 119 se aprobó la definitiva modificación de Relación de Puestos de Trabajo, así como la Plantilla estructural de personal al servicio de la Corporación del Ayuntamiento de Vall

d'Uxò, que comprenden la totalidad de las plazas y puestos de trabajo reservados a funcionarios de carrera, personal laboral y personal eventual, incluidas en el Presupuesto Municipal. La sentencia de instancia, que fue confirmada en suplicación, desestimó la demanda de la trabajadora y absolvió al ayuntamiento demandado. Esta Sala IV declara la procedencia de la extinción contractual efectuada por el Ayuntamiento, con derecho de la demandante de percibir una indemnización en cuantía de ocho días de salario por año trabajado.

5. No obstante la invocación de la señalada sentencia de contraste -que ya ha había sido citada en el escrito de preparación del recurso- en el escrito de interposición del mismo, y en concreto, mediante otrosí, los recurrentes alegan que: " esta parte ha tenido constancia del dictado por la Sala de lo Social del TS de la sentencia 26 de junio de 2014, rec. 217/2013, en la cual se lleva a cabo una modificación del criterio anteriormente mantenido por el Alto Tribunal en cuanto a la declaración de la nulidad de los ceses practicados por las Administraciones al amparo de la amortización de las plazas ocupadas por personal laboral fijo no indefinido y sobre la necesidad, en dichos supuestos, de acudir a los trámites establecidos en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. Dicha sentencia no fue objeto de mención en la preparación de nuestro recurso de casación en la medida en que la misma no existía en dicha fecha, pero consideramos, que con un criterio de equidad y tutela judicial efectiva, dicha doctrina podría ser aplicada al presente supuesto y, anulando la sentencia combatida, se declare nulo los despidos practicados. DE NUEVO SUPLICO A LA SALA tenga por manifestado lo anteriormente indicado”.

Por su parte, el Ayuntamiento demandado, en su escrito de impugnación al recurso, señala, expresamente, que no se opone al recurso de casación unificadora interpuesto por los demandantes, salvo a lo solicitado mediante "otrosi", alegando que: "A la vista que el escrito de formalización del recurso viene a introducir, mediante OTROSÍ, una segunda pretensión procesal "ex novo" entendemos que, dicho sea con los debidos respetos, la Sala no puede entrar a valorar lo solicitado de contrario en modo alguno porque:

1°.- Se introduce una nueva cuestión con infracción de lo dispuesto en los artículos 205 y ss. de la LJS, al no ser objeto del mismo la apreciación de la nulidad pretendida de contrario mediante el OTROSÍ, siendo una cuestión nueva.

2°.- Consecuentemente, se produce infracción de la normativa procesal, particularmente de las reglas contenidas en el art. 210.2 LJS, pues no se cumple uno solo de los requisitos allí establecidos.

En consecuencia, y sin necesidad de entrar en el análisis de fondo al no concurrir los requisitos procesales necesarios para tener en cuenta lo solicitado de contrario, solicitamos a la Sala la inadmisión de lo pretendido mediante OTROSÍ".

El Ministerio Fiscal, en su preceptivo informe, tras señalar, que "Recurre la trabajadora (...) en casación para la unificación de doctrina invocando como contradictoria, la sentencia del TS de 4 de diciembre de 2013 (REC. 94/2013), existiendo de conformidad con el art. 219 LRJS la identidad y contradicción necesarias, refiere : "Tercero.- Siendo ello así, es de significar que la doctrina mantenida por la sentencia recurrida, si bien se hallaba conforme con la dictada por esa Sala en el momento de pronunciarse aquella, es lo cierto que la misma se encuentra hoy en día en disconformidad con la nueva doctrina unificada que, rectificando la anterior, ha sido recientemente fijada por la STS de 24 de junio de 2014 , de Sala General, y a la que han seguido otras posteriores en igual sentido como las de 8 y 14, 15 y 16 de julio último. Con arreglo a la nueva doctrina, para la que el contrato da interinidad es un contrato sujeto a término y no a condición resolutoria, y la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) del ET. Ello incluso cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en estos preceptos". Por lo expuesto, EL FISCAL interesa se declare la PROCEDENCIA del recurso".

SEGUNDO.- 1. Con carácter previo a la decisión de fondo, procede entrar en la petición -que hemos trascrito- y que efectúa la parte recurrente en el otrosí de su escrito, de la aplicación al caso de la doctrina contendida en nuestra sentencia 26 de junio de 2014, rec. 217/2013) y a la que se opone el Ayuntamiento demandado, tal como también hemos expuesto. Pues bien la Sala estima debe acceder a dicha petición, y ello sobre la base de los siguientes antecedentes y razonamientos:

A) Los dos trabajadores demandantes -ahora recurrentes- forman parte del colectivo de 178 trabajadores indefinidos no fijos del Ayuntamiento demandado, incluidos en un ERE posteriormente desistido y a los que mediante escrito de 31 de enero de 2012, el Ayuntamiento les comunicó la extinción de su relación laboral, como consecuencia de la aprobación de los presupuestos anuales y la modificación de la plantilla de personal para el ejercicio de 2012, por la que se suprimen plazas vacantes tanto de régimen funcionarial como de personal laboral fijo existentes en años anteriores, y ello como consecuencia de las necesidades económicas del municipio que habían originado una disminución y eliminación de las plazas vacantes;

B) Al igual que otros trabajadores del citado colectivo, los demandantes formularon demanda por despido que fue estimada -en el mismo sentido que la reclamación de otros trabajadores del mismo "colectivo"- por el Juzgado de lo Social de Algeciras, declarando la nulidad del despido. Interpuesto recurso de suplicación por el Ayuntamiento la sentencia - aquí recurrida- de la Sala de lo Social de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 24 de abril de 2014 (recurso 746/2013), aclarada por Auto, aplicando la jurisprudencia entonces unificada, estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia para desestimar la demanda, por entender que la amortización de plazas de trabajadores indefinidos no fijos en la Administración y las correspondientes extinciones de los contratos de trabajo no requerían de formalidad alguna;

C) Con posterioridad, la Sala de Sevilla, en asuntos provenientes del repetido "colectivo" de trabajadores y del mismo Juzgado de Algeciras, modificó parciamente su criterio, manteniendo la desestimación de la demanda por despido, pero fijando la indemnización establecida para la extinción de los contratos temporales, entre otras en

sus sentencias de 23 de julio de 2014 (recurso 2105/2013); 1 de octubre de 2014 (recurso 2081/2013) y 15 de octubre de 2014 (recurso 2009/2013);

D) La reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de marzo de 2017 (rcud. 961/2015), dictada con relación a dos trabajadores del tantas veces repetido "colectivo" de 178 trabajadores indefinidos no fijos, cuyo despido -al igual que los aquí recurrentes- fue declarado nulo en la instancia y procedente por la Sala de Sevilla, siguiendo también la decisión adoptada en la STS de 8 de julio de 2014 (rec. 2693/2013) referida a otro despido del mismo Ayuntamiento de Los Barrios a que se refiere éste recurso, en la que se establecía la doctrina complementaria de que también se aplica aquélla --con arreglo a la que no caben las amortizaciones de puestos de trabajo laborales en las administraciones públicas si no se acude al art. 51 ET -- incluso en supuestos en los que los ceses se hayan producido antes del 12 de febrero de 2012, aborda el tema del cambio de doctrina por la Sala, señalando, que no existe vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE) ni se infringe el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) por el hecho de haber cambiado la jurisprudencia y adaptarla a la norma vigente en el momento de los ceses; y que tampoco hay eficacia retroactiva alguna en las decisiones de la Sala, que se limitan a interpretar de manera diferente una norma preexistente a la fecha de entrada en vigor del RDL 3/2012. Al respecto, reproducimos los fundamentos jurídicos segundo, tercero, cuarto y quinto de dicha sentencia:

"SEGUNDO.- 1.- A la hora de resolver el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala ha de partir necesariamente del precedente que acabamos de citar, el que se resolvió en la STS de 9/03/2015 (rec. 2186/2014) referido a otro trabajador indefinido no fijo del mismo Ayuntamiento, que fue cesado en la misma fecha que los hoy recurrentes, y en cuyo despido concurrieron las mismas circunstancias de hecho que se recogen con detalle en esa sentencia, razón por la que la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige que nuestra decisión alcance ahora el mismo resultado que en aquél que resolvió la referida sentencia.

Recordaremos ahora que esas circunstancias de hecho, en esencia, son las siguientes:

a) El 27 de octubre de 2011 el Ayuntamiento de Los Barrios presentó ante la Autoridad Laboral la solicitud formal para la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo, tal y como se recoge en los hechos probados de la sentencia de instancia, que habría de afectar a 178 trabajadores y que fue registrado con el número NUM000 , en el que se aportó también por el demandado en fecha 9/12/2011 la solicitud ante dicha Administración Laboral de que se tuviera por evacuado el trámite correspondiente a la negociación.

b) En la Memoria explicativa del ERE se exponían las razones por las que el cese del personal laboral se encauzaba como en cualquier empresa, siguiendo los trámites propios del Estatuto de los Trabajadores y normas concordantes.

c) Diez días después, el 19 de diciembre de 2011, en la resolución de la Dirección General de Trabajo de esa fecha se tuvo por desistida la referida solicitud de autorización de despido colectivo a instancia del Ayuntamiento.

d) El 23 de diciembre de 2011 se aprobó por el Pleno del Ayuntamiento el Presupuesto Anual y la modificación de la plantilla de personal.

e) Mediante escrito de 31 de enero de 2012 se comunica al actor y al resto de trabajadores afectados la extinción de su relación laboral, por amortización de la plaza correspondiente, que venían ocupando temporalmente de forma interina.

2.- Ante esa situación, después de que, como antes se explicó, el Juzgado de lo Social declarase la nulidad de los despidos al no haberse seguido por la Administración los trámites previstos en el art. 51 ET , sin embargo la sentencia recurrida estimó el recurso de suplicación y desestimó la demanda, declarando la procedencia del cese de los actores, sin perjuicio de su derecho a percibir la indemnización correspondiente, calculada al amparo del art. 49.1.c) por terminación de un contrato temporal, 8 días por año de antigüedad, en la redacción entonces transitoriamente vigente del referido precepto.

Esa solución que adoptó la Sala de lo Social de Sevilla sin embargo se opone a la interpretación que ha venido haciendo la Sala desde la publicación de la repetida STS

de 24 de junio de 2014 en relación con la necesidad de que las Administraciones Públicas adopten el cauce del despido colectivo previsto en el artículo 51 ET para extinguir por amortización plazas de trabajadores indefinidos no fijos o interinos por vacante, por los razonamientos antes transcritos que se contienen en la sentencia de contraste.

Más específicamente, en la STS citada al comienzo de este Fundamento de Derecho resolvíamos que esa doctrina resultaba aplicable tanto a los trabajadores indefinidos no fijos como a los interinos por vacante, y más concretamente, ante las alegaciones de la parte recurrida -las mismas que se formulan en el presente recurso en este punto- afirmábamos que resultaba aplicable a situaciones anteriores a la entrada en vigor del RDL 3/2012, precisamente porque, como hemos analizado al referirnos a la contradicción, la modificación del Estatuto de los Trabajadores que se llevó a cabo en el RDL 3/2012 al incluir la nueva Disp. Adicional 20ª y las referencias especificas a la forma de llevar a cabo despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, no incidía en la realidad de que las extinciones de contratos de trabajo por parte de las Administraciones Públicas no podían basarse en la pura amortización de la plaza, sino que al terminar la relación de trabajo fuera del marco de las causas previstas para que esa extinción fuese lícita, tendrían que canalizarse a través del art. 51 ET cuando se superasen los umbrales establecidos en dicho precepto y justificarse las causas legalmente previstas.

Por eso decíamos en la STS de 9/03/2015 que «... los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos en modo alguno están sujetos a una condición resolutoria tácita más allá de la constituida por la provisión del puesto desempeñado con arreglo a los procedimientos pertinentes, garantizando los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore "causas" que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de

resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET. Ejemplificativamente, no valdría la previsión extintiva para el caso de que la empresa sufriera pérdidas importantes, o la anudada a la desaparición de la persona jurídica empleadora, o la referida a la ineptitud del trabajador; en todos esos casos, y otros muchos, prevalece una tipicidad prioritaria, de modo que los acontecimientos de la realidad han de subsumirse en el apartado legal en que poseen un encaje más pertinente.

Acogiendo esa lógica, aunque sin explicitar la precedente reflexión, en la STS de 3 febrero 2010 (rec. 1715/2009) ya consideramos nula la condición resolutoria pactada en un contrato de trabajo indefinido, que vincula su subsistencia a la duración de la elaboración de cada producto encargado por las empresas clientes, pues con ella la empresa pretende eludir, en fraude de ley, el tratamiento indemnizatorio más favorable para el trabajador previsto en los arts. 52 y 53 ET. Además, el art. 49.1.b ET exige examinar si la condición resolutoria pactada resulta o no abusiva, pues el principio de la autonomía de la voluntad cede necesariamente en estos casos. Y se reputa cláusula abusiva aquella que se apoya en una circunstancia sobre cuya concurrencia no puede ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la de la empresa.

Tales consideraciones son, mutatis mutandis, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE) y a minorar los derechos de los trabajadores afectados.

En suma: si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual (el papel que el artículo 49.1.b ET puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (DA 20ª ET; preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (STS 24 junio 2014) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la

correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo».

3.- En el presente caso, como ya anticipamos, la solución que ha de darse al problema planteado en el recurso ha de ser la misma, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, por cuanto que la extinción de los contratos de trabajo de los demandantes se produjo en el marco de una decisión extintiva que alcanzó a un número de trabajadores por encima de los umbrales previstos en el número 1 del artículo 51 ET, de tal forma que al no haberse seguido los trámites previstos en el mismo, el artículo 124.11 LRJS impone la declaración de nulidad de los despidos de los actores, tal y como sostuvo la sentencia de instancia, lo que exige la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación para desestimar el mismo y confirmar la sentencia de instancia que declaró la nulidad de los ceses.

TERCERO.- 1.- En el escrito de impugnación del recurso la representación legal del Ayuntamiento demandado pone de manifiesto, como antes se dijo, que los despidos de los actores se produjeron el 31 de enero de 2012, antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012, y que la sentencia recurrida se atuvo a la doctrina de ésta Sala de lo Social del Tribunal Supremo contenida en STS del Pleno de 22 julio 2013 (rcud. 1380/2012) y otras anteriores y posteriores, hasta que en la STS del Pleno varias veces citada, de 24 de junio de 2014, cambió el criterio aplicativo y la interpretación que hasta ese momento se había dado a la incidencia del art. 51 ET en los ceses de trabajadores interinos por vacante o indefinidos no fijos en la Administración, para concluir en los términos a que antes nos referimos.

Desde esa realidad, el recurrido afirma que si en el caso que resolvemos se aplicase la doctrina de esa última sentencia y otras posteriores que han seguido, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de seguridad jurídica del demandado, invocando los artículos 24 y 9.3 CE, porque entiende que en ese caso aplicaríamos de manera ilícitamente retroactiva un criterio jurisprudencial posterior al momento en que acaecen los hechos enjuiciados, desde el

momento en que la nueva doctrina cambia radicalmente cuanto se venía sosteniendo hasta entonces, cuyo sostenimiento para el caso sucedido con anterioridad determinaría que las extinciones contractuales en este supuesto deberían considerarse ajustadas a Derecho de acuerdo con las normas y pautas hermenéuticas del momento en que se produjeron los ceses.

2.- Los argumentos que se utilizan por la parte recurrida en su escrito de impugnación en este punto, tuvieron en lo esencial respuesta en el Auto de esta Sala de 2 de noviembre de 2015, en el que se desestimaba el incidente de nulidad de actuaciones que interpuso el Ayuntamiento precisamente frente a la STS de 9 de marzo de 2015, antes citada, que resolvió el recurso de otro trabajador también despedido en las mismas circunstancias y que obtuvo una sentencia favorable de esta Sala al declararse la nulidad del despido.

En ese Auto decíamos que en el caso que analizábamos entonces --y en éste también, añadiríamos ahora-- no se trata de un supuesto en el que hayan variado las normas desde las que haya de resolverse el litigio, sino la jurisprudencia que interpreta un determinado precepto, el art. 51 ET, en relación con la naturaleza temporal de los contratos de los empleados públicos no fijos y su extinción colectiva, de manera que " ... el canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones inter privatos (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos...".

Cita en apoyo de sus fundamentos la parte recurrida la STC 7/2015, de 22 de enero , pero en ella se contemplaba un supuesto que nada tiene que ver con el que hoy nos ocupa. Esa sentencia se refiere a la introducción por la Sala Tercera del TS de nuevos requisitos que habría de reunir el escrito de preparación del recurso de casación formulado contra una sentencia de la AN, referidos a la necesidad de que en ese texto se reflejaran específicamente la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia (art. 89.2 LJCA), con la particularidad de que esa decisión reguladora del recurso de casación fue posterior a la

preparación del recurso en aquél caso, lo que no impidió la inadmisión del mismo a pesar de en fecha inmediatamente posterior a la del conocimiento de la citada resolución, la parte presentase un escrito en el registro de la Audiencia Nacional en el que se pretendió dar cumplimiento a la nueva exigencia procesal añadiendo la cita de las infracciones normativas o jurisprudenciales que consideraba infringidas, al objeto de «adecuar el anterior escrito de preparación».

No había en Auto de la STS 3ª que inadmitió el recurso de casación por tanto aplicación de ninguna doctrina jurisprudencial sobre el fondo de un problema sustantivo que se suscitase, sino que se determinaba el alcance de los nuevos requisitos del escrito de preparación del recurso de casación, discutiéndose el alcance del art. 24.1 CE , tutela judicial efectiva, en relación con el derecho de acceso a los recursos, teniendo en cuenta que además que la parte procedió a complementar el escrito de preparación de un recurso procesal inicialmente presentado para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial tan pronto como tuvo conocimiento de ello, conducta procesal que el Tribunal Supremo no ponderó, lesionando así el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE , tal y como se reconoce en la STC.

Como decíamos en nuestro ATS de 2 de noviembre de 2015 a propósito de la invocación de esta misma STC 7/2015, «... en ese caso entonces es la propia jurisprudencia la que altera los términos en que ha de desarrollarse la conducta procesal y es la Sala de lo Contencioso-administrativo la que se está pronunciándose sobre cómo hay que actuar ante él mismo y por eso sus decisiones pueden ser matizadas (admitir, inadmitir, permitir subsanación). En el presente caso, por el contrario, se está examinando una conducta (extinguir cerca de cien contratos de trabajo) llevada a cabo por el Ayuntamiento empleador respecto de su plantilla laboral. Es evidente que el papel del Tribunal en este caso no puede equiparase pues la conducta enjuiciada se desarrolló en terreno completamente ajeno a la actuación procesal.

El modo de subsanar lo que estuvo mal hecho (con arreglo a la nueva doctrina), en nuestro caso, no puede consistir en reiterar una actuación procesal, mientras que en el supuesto de la sentencia constitucional aducida sí cabe esa vía.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso Unédic contra Francia, § 74). La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia, § 38).

La STC 72/2015, de 14 abril, (que resuelve un caso similar al de la STC 7/2015) pone de relieve que en el sistema de civil law en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del common law, en el que el precedente actúa como una norma y el overruling, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del prospective overruling , rigiendo, por el contrario, el retrospective overruling (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (STC 95/1993, de 22 de marzo).

Dicho abiertamente: no existe la vulneración de principios y valores constitucionales que el Ayuntamiento de Los Barrios reprocha a nuestra sentencia. Al

aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que ha hecho la STS de 9 de marzo es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento».

CUARTO.- Se afirma también en el escrito de impugnación del Ayuntamiento recurrido que nuestras sentencias dictadas a partir de la de 24 de junio de 2014 y que se refieren a despidos llevados a cabo con anterioridad al 14 de febrero de 2012 (fecha de la entrada en vigor del RDL 3/2012) han incurrido en prohibida aplicación retroactiva de la Disp. Adicional 20ª ET, y que ese principio de "irretroactividad" de la jurisprudencia ha sido admitido y aplicado por la Sala Primera de este Tribunal en su STS 1ª 138/2015, de 24 de marzo de 2015 (recurso 1765/2013) en la que se limitaban los efectos de la anterior STS 1ª, 241/2013, de 9 de mayo de 2013 , limitando la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas suelo no afectaría a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la referida sentencia de 9 de mayo de 2013.

Al margen de que en esa STS 1ª no se aborda el mismo problema que resolvemos, por cuanto que no se produce un cambio jurisprudencial en relación con el asunto de fondo , y que lo único que se resuelve son los efectos de esa decisión principal de nulidad de las cláusulas suelo cuando resulten abusivas, es sabido que el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, ha dictado sentencia en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, "caso Gutiérrez Naranjo", en la que se deja sin efecto esa limitación temporal de los efectos económicos de la nulidad adoptados por la Sala 1ª, y se afirma que « El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula

con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión» .

No hay por tanto retroactividad proscrita en la decisión que adoptamos en esta sentencia al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina con arreglo a nuestros precedentes jurisprudenciales recientes, sino, como se ha razonado ampliamente una decisión basada en la nueva interpretación que se hace de una norma preexistente y siempre igual en los umbrales del despido colectivo previsto en el art. 51 ET desde que fueron introducidos por la Ley 11/1994, en la que se traspuso la Directiva entonces vigente sobre despidos colectivos, la 75/129/CEE de 17 de febrero de 1975, después codificada por Directiva 98/59.

QUINTO.- 1.-En la alegación segunda de las que se contienen en el escrito de impugnación del recurso se afirma que el recurso de casación para la unificación de doctrina debió ser inadmitido en su día porque concurre la causa de inadmisibilidad de falta de interés casacional, invocación que formula al amparo de lo previsto en los artículo 219, 222.2) y 224.1 b) LRJS, porque -se afirma-- la Sala ya tenía unificada la doctrina en el supuesto de autos cuando se presentó el recurso. Los argumentos utilizados anteriormente sobre la realidad del cambio jurisprudencial extensamente razonado y de que, obviamente, únicamente las decisiones posteriores de la Sala se atuvieron a la misma, bastarían para rechazar la alegación que ahora abordamos.

2.- La STS de 13 de mayo de 2014 (rec. 2214/2013), la primera de esta Sala sobre la que se afirma que ya contenía la doctrina unificada, se refiere a una trabajadora que, tras dos contratos para obra o servicio determinados, tenía adquirida la condición de trabajadora indefinida no fija en el Ayuntamiento de San Vicente de Castellet en su condición de Directora de la Escuela de Música y profesora de canto, en la que prestaba servicios desde el 2 de agosto de 2.004. Por el Pleno del Ayuntamiento, el 30 de marzo de 2.011 se acordó amortizar la plaza que ocupaba la demandante y comunicar al día siguiente la extinción del contrato de trabajo por tal causa y con efectos del 30 de abril siguiente. Consta también en la sentencia como hecho probado (el quinto) que tras el cese de la actora, la plaza de Director de Escuela como tal ha sido amortizada y ningún

empleado nuevo se ha incorporado a la Escuela para ocupar esa o cualquier otra plaza, puesto que, de hecho, las funciones de dirección las asumió otra trabajadora, sin cambio de contrato.

La Sala en este caso procede -como hizo en otros muchos casos-- a la aplicación de la doctrina jurisprudencial vigente en el momento, la sentencia de 22 de julio de 2.013 (recurso 1380/2012) y las que en ella se citan, para concluir que la amortización llevada a cabo -producida por cierto antes del 12 de febrero de 2012 -- no exigía llevar materializar el cese a través de los trámites del despido objetivo previstos en el art. 52 c) y 53 ET .

3.- La STS de 11 de mayo de 2015 (recurso 1090/2014), se refiere a otro de los despidos producidos en las mismas circunstancias y fecha que en el caso de los dos recurrentes en el presente recurso, otro despido en el Ayuntamiento de Los Barrios, en el que la sentencia de instancia también declaró la nulidad del despido del actor, personal laboral indefinido no fijo, al estimar que la extinción de la relación laboral debería haber sido autorizada por la autoridad laboral tras la tramitación del expediente de regulación de empleo correspondiente

La Sala de suplicación en ese caso estimó el recurso del Ayuntamiento en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de este Tribunal Supremo de 22-7-2013 (rec. 1380/2012), pero omite el impugnante un dato esencial que ha de serle bien conocido como parte que fue en el proceso, y es el de que en ese caso el recurso de casación para unificación de doctrina se interpuso por el actor frente a esa sentencia, pero únicamente se cuestionaba en él la ausencia de la indemnización de 8 días por año de servicio que en otros casos se había concedido en casos similares, aplicando el art. 49. 1 c) ET , articulando por el ello el recurso y por ello la contradicción únicamente en relación con el reconocimiento de esa indemnización de ocho días, ciñendo por ello la denuncia de infracción exclusivamente a la cuestión de la indemnización establecida en aquél precepto y pidiendo una sentencia que se ajustara a la unificación de doctrina en este punto, sin que por ello la Sala pudiera abordar el problema referido a los requisitos exigibles para la extinción acordada con arreglo a la nueva jurisprudencia, porque el

recurrente aceptaba el despido como ajustado a derecho, con la única diferencia de la indemnización que había de percibir por ello.

De tales razonamientos se desprende que no existe por ello óbice alguno de admisibilidad del recurso que debiera haberse apreciado por la Sala que estuviese referido a la posible existencia de contenido casacional en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina".

E) En el presente caso, a tenor de lo expuesto en los apartados tercero y cuarto del presente fundamento jurídico, no hay duda que a efectos de viabilizar el recurso de casación unificadora, y conforme al artículo 219 de la L.R.J.S. las sentencias recurridas y de contraste son contradictorias, en los términos requeridos por el citado precepto, como ha dictaminado el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe. Ahora bien, que sean contradictorias no implica que, en el momento de establecer doctrina, la Sala deba seguir el criterio de una u otra. En efecto, es cierto que la Sala ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, no siendo posible extender la decisión a la eventual corrección de infracciones no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario (SSTS 03/06/94 -rcud 1881/93-; [...] 17/12/07 -rcud 4661/06-; y 23/12/08 -rcud 3199/07-), de modo que la Sala «no puede [...] de oficio sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida» (SSTS 29/09/03 -rcud 4775/02-; 16/01/06 -rcud 670/05-; y 07/07/06 -rcud 1077/05-). Pero no lo es menos que el hecho de que no coincida este Tribunal exactamente con la tesis mantenida en ninguna de las dos sentencias contrastadas, no impide -de todas suertes- que apliquemos la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada» (SSTS 14/07/92 -rcud 2273/91-; [...] 11/02/14-rcud 323/130-; y SG 23/06/14 -rcud 1257/13-).

Los recurrentes, en el otrosí de su escrito de recurso, invocan los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, así como la sentencia de esta Sala de 26 de junio de

2014 (rcud 217/2013) -la que inicia el cambio de doctrina- por lo que contrariamente a lo que se alega por el impugnante del recurso, si cumple en lo esencial con lo establecido en el artículo 210 de la LRJS , sin que en modo alguno pueda decirse que se trata de una cuestión nueva la que se plantea, en cuanto que la necesidad de acudir a los preceptos del ET señalados, se debatió tanto en la instancia -en donde precisamente se declaró la nulidad del despido por no haberlo efectuado- como en suplicación, en donde la Sala estimó que ello era innecesario. De ahí, que estimemos que -puesto que contrariamente a lo acontecido en otros supuestos como los que se citan en el escrito de impugnación- en el presente caso, ya en el escrito de interposición del recurso, los recurrentes procedieron a complementar el escrito de preparación del recurso inicialmente presentado para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial cuando tuvieron conocimiento de ello, esta Sala accediendo a su petición, y por imperativos de igualdad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva (artículos 14, 9.3 y 24.1 CE), que exigen que, concurriendo las mismas circunstancias de hecho en los trabajadores recurrentes que en los casos resueltos en la sentencia del Pleno de esta Sala de 30 de marzo de 2017 (rcud. 961/2015), y más recientes sentencias de 04-05-2017 (rcud 1050/2015 y 2091/2017), va a proceder a aplicar la doctrina contenida en dichas sentencias, de modo y manera nuestra decisión alcance el mismo resultado.

TERCERO.- 1. La aplicación de la doctrina de la sentencia del Pleno de la Sala de 30 de marzo de 2017, cuyos fundamentos jurídicos hemos ya expuesto, al caso de los dos trabajadores aquí recurrentes, con idénticas circunstancias al supuesto resuelto en dicha sentencia, conlleva, en conclusión y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, que el recurso de casación para la unificación de doctrina debe ser estimado, lo que implica que haya de ser casada y anulada la sentencia recurrida, y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimando el de tal clase interpuesto en su día del por el Ayuntamiento de Los Barrios, confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos, sin que proceda pronunciamiento sobre costas, artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO:

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido estimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado D. Tomás Moreno Sánchez, en nombre y representación de D. Ovidio y D. Roberto, contra la sentencia de fecha 24 de abril de 2014 (recurso 746/2013) y Auto de aclaración de 12 de junio de 2014 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso de suplicación nº 746/2013), interpuesto por el AYUNTAMIENTO LOS BARRIOS contra la sentencia de fecha 16 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Algeciras, en autos 401 y 4012/2012 acumulados, en reclamación por despido contra dicho Ayuntamiento. Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el mencionado recurso de suplicación, lo desestimamos, confirmamos íntegramente la sentencia de instancia, que declaró la nulidad del despido. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agustí Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

XIX. BIBLIOGRAFIA

- ALBERTO DONNA EDGARDO. Derecho Penal Parte Especial. Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

- ANTÓN ONECA J., “Historia del Código penal de 1822”, Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 18, Fasc/Mes 2, 1965, páginas. 263-278.

- BARÓN DUQUE M., MUNDUATE JACA L., BLANCO BAREA M.J., “La espiral del Mobbing”. Papeles del Psicólogo, 2003. N. º 84, páginas. 55-61.

- CABANA FARALDO. Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en derecho penal. Tirant lo Blanch. 2008.

- CARDOSO DOS SANTOS MEIREMAR. Tesis Doctoral. Estudio comparativo sobre el hostigamiento psicológico o mobbing en personal de enfermería de Brasil y España. Universitat de les Illes Balears. Departament de Psicología. 2012.

- CARRETERO DOMÍNGUEZ NOELIA. Tesis Doctoral “Validación empírica de un modelo psicosocial del acoso psicológico en el trabajo (Mobbing)”. Departament de psicología social. Facultat de Psicología. Universitat de Valencia. Servei de Publicacions. 2011.

- ESTÉVEZ ROMÁN MARGARITA. Tesis Doctoral. “La convivencia escolar en los centros educativos. Diseño de un programa de intervención a partir del sistema preventivo de Don Bosco”. Universidad de Sevilla. Facultad de Ciencias de la Educación. Departamento de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación. 2012. Páginas. 14-15.

- FFARRONI, Raúl Eugenio; Derecho Penal, Parte General, Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, Argentina, 2002.

- FONTÁN CARUSO. Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual. Tirant lo Blanch. 2006.

- GARCÍA CAVERO P. “Acerca de la Función de la Pena”. Revista Jurídica on line. Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil. http://www.revistajuridicaonline.com. 11,00 horas 06/04/2014.

- GARCÍA ORZA JAVIER. “Un modelo cognitivo de las interacciones matón-víctima”.

- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ VÍCTOR MANUEL y otros. El mobbing. Aspectos conceptuales y cuestiones prácticas para el médico de familia sobre las

conductas de acoso psicológico en el trabajo. International Marketing & Communications, S.A. 2004.

- GONZÁLEZ TRIJUEQUE D. Y DELGADO MARINA S. “El acoso psicológico en el lugar de trabajo antecedentes organizacionales.”. Boletín de Psicología, No. 93, Julio 2008, páginas.7-20.

- GUEVARA RAMÍREZ L. “Aproximación al estudio de la violencia psicológica en el trabajo”. Criterio jurídico garantista. Año 2 – N.º. 2 - Enero-Junio de 2010.

- KAHALE CARRILLO DJAMIL TONY. “Diferencias entre acoso laboral y las tensiones ordinarias en el entorno de trabajo.”. www.acosolaboral.org.uy. 22, 33 horas. 15/11/2013.

- LEYMANN, H. GUSTAFSON, A.; Mobbing at work and the development of posttraumatic stress disorders. Rev. European Journal of Work and OrganitzationalPsichology, núm. 2. 1996.

- LEYMANN, H.; Mobbing: la persécution au travail. Seuil. Paris 1996.

- LEYMANN, H.; The content and development of mobbing at work. Rev. European Journal of Work and Organitzational Psichology, núm. 2. 1996.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ J.A., SANTAMARÍA M., “Diagnósticos para el acoso laboral”. 2003. www.cop.es/colegiados/T-00921/jal.htm. 13,20 horas.12/11/2013. 96

- LORENZ K; Los Ocho pecados mortales de la humanidad civilizada. Plaza Janes Editores S.A. Julio 1984.

- LOUSADA AROCHENA JOSÉ FERNANDO. El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la seguridad social. Tirant lo Blanch. 2014.

- LUZON CUESTA JOSE MÁRÍA. Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial. Dykinson S.L. Mayo 2016.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Enfoque Estratégico en los Conflictos Interpersonales en el Medio Laboral”. http://www.preventionworld. com/es/informacion-tecnica/articulos/enfoque-estrategic. 23,50 horas. 14/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MANSILLA IZQUIERDO FERNANDO. “Manual de Riesgos Psicosociales en el trabajo: Teoría y Práctica.”. www.ripsol.org/Data/Elementos/607.pdf. 00,36 horas. 15/11/2013.

- MAYORAL BLASCO SUSANA Y ESPLUGA TRENC JOSEP. “Mobbing: ¿un problema de perfiles psicológicos o un problema de organización del trabajo? Dos estudios de caso”. Cuadernos de Relaciones Laborales. Vol. 28, Núm. 2 (2010), Páginas. 233-255.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “El mobbing y la teoría de la acción de Pierre Bourdieu”. Revista Internacional de Sociología (RIS). Vol. 68, n.º 2, mayo-agosto 2010.Páginas. 375-398.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: modelos explicativos y acción sindical”. Papers, 2010, 95/1, Páginas. 29-46.

- MAYORAL BLASCO SUSANA. “Mobbing: principales debates teóricos e implicaciones prácticas en el ámbito laboral español”. Acciones e Investigaciones Sociales, 26 (julio 2008), páginas. 91-125.

- MELLA, J.L., SEMPERE, J. M. y ROMERO, J. M. (2004). Factores de Riesgo del Acoso Social en el Trabajo (Mobbing): Un estudio de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Valenciana. Trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales. Santiago de Compostela.

- MESEGUER DE PEDRO MARIANO. Tesis Doctoral. “El acoso psicológico en el trabajo (mobbing) y su relación con los factores de riesgo psicosocial en una

empresa hortofrutícola". Universidad de Murcia. Departamento de Psiquiatría y psicología social. Páginas. 145 y ss.

- MIR PUIG CARLOS. El mobbing y los cuerpos y fuerzas de seguridad. 10.05.2006. Mobbing-OPINION.com. Estudios jurídicos.

- MOLINA NAVARRETE C. La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses. Bomarzo. Albacete 2007.

- MOLINA NAVARRETE C. Manual de derecho del Trabajo. Comares. 2008.

- MOLINA NAVARRETE CRISTÓBAL. "El "acoso" ¿riesgo laboral a prevenir en las empresas o delito a punir por el Estado?". Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, 2010; (234), páginas. 9-20.

- MOLINA NAVARRETE CRISTOBAL. El Mobbing en las administraciones públicas Aranzadi. 2008.

- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. Derecho Penal Parte General. 2015. Tirant lo Blanch.

- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Editorial Tirant Lo Blanch, 2 Edición, Valencia, 1996.

- ONTAN BALESTRA, Carlos; Derecho Penal, Introducción y Parte General, Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- PARÉS SOLIVA M. (Visión de los afectados: la intervención con afectados por A.M.T., en II reunión anual de la sociedad española de medicina pericial).

- PEÑA CABRERA, Raúl, Tratado De Derecho Penal, "Estudio programático de la parte general". 2º Edición Lima- Perú. Editorial Jurídica Grijley E. I. R. L. 1995.

- PÉREZ MACHIO ANA I., "Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal". Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2004, número. 06-06.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. La dimisión interior: del síndrome posvacacional a los riesgos psicosociales en el trabajo. Ed. Pirámide. Madrid, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mi jefe es un psicópata: por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder. Ed. Alienta. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing escolar: Violencia y acoso psicológico contra los niños. Ed CEAC. Barcelona, 2007.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing, el estado de la cuestión. Todo lo que usted siempre quiso saber sobre el acoso psicológico y nadie le explicó. Ed. Gestión 2000. Barcelona, 2008.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Punto de Lectura. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo. Ed. Sal Terrae. Santander, 2001

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Mobbing: manual de autoayuda. Ed. Aguilar. Madrid, 2003.

- PIÑUEL Y ZABALA, IÑAKI. Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas. Ed. Aguilar. Madrid, 2004.

- POMARES CINTAS E. El derecho penal ante el acoso en el trabajo: El proyecto de reforma penal de 2009.

- POMARES CINTAS E. El nuevo delito de acoso moral laboral como modalidad de trato degradante. Laboratorio Observatorio de Riesgos psicosociales de Andalucía.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Medidas de prevención de la reincidencia en la violencia de genero. Tirant lo Blanch. 2014.

- QUINTERO OLIVARES GONZALO. Reforma Penal 2010: Análisis y comentarios. 2010. Aranzadi.

- SÁNCHEZ CABACO ANTONIO. Variables individuales (cognitivo-emocionales) y grupales en las nuevas patologías: el caso del mobbing o acoso psicológico en las organizaciones. http://www.funcionadministrativa.com/infor/Mobbing%203.pdf. 23,45 horas, 27/11/2013.

- SANCHEZ GARRIDO J. A. "La consideración penal del mobbing", Diario La Ley, Nº 7612, Sección Tribuna, 15 Abril. 2011, Año XXXII, Ref. D-168, Editorial La Ley.

- SILVA SANCHEZ JESUS MARÍA. Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial. 2011. Ateclier.

- SUAY CELIA. "El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales". Incluido en el libro colectivo coordinado por Hernán Hormazábal (Universidad de Gerona), en recuerdo del Profesor Juan Bustos Ramírez. Editorial Trotta, abril de 2010.

- TERRADILLOS BASOCO JUAN. "Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal". Revista Pena y Estado, n.ª1, 1991. Ediciones P.P.U. Páginas. 9-22. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Anales de psicología. 1997, vol. 13, nº 1, Páginas.51-56.