



Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho del trabajo



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
E INMIGRACIÓN

NIPO: 790-10-020-8

88

2010

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho del Trabajo

DIRECTOR

José Antonio Panizo Robles

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González

COORDINADORES DE LA SERIE

Alfredo Montoya Melgar
Carlos Navarro López

SECRETARÍA

Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo e Inmigración
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid
Telf.: 91 363 23 45
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: proproeditorial@mtin.es
Internet: <http://www.mtin.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 10-2.277

Catálogo general de publicaciones oficiales
[http:// www.060.es](http://www.060.es)



Edita y distribuye:
Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO: 790-10-021-3
ISSN: 1137-5868
Depósito legal: M-12.168-1998
Diseño cubierta: CSP
Diseño interior: C & G
Imprime: Solana e Hijos, A.G., S.A. Telf. 91 610 90 06

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

Derecho del Trabajo

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

SUMARIO

EDITORIAL, *Alfredo Montoya Melgar*, 7

INFORMES Y ESTUDIOS

La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales. *Alfredo Montoya Melgar*, 13

Los principios de aplicación del proceso de trabajo. *José María Marín Correa*, 31

La aplicación del convenio colectivo. *Fermín Rodríguez-Sañudo*, 41

La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Antonio Vicente Sempere Navarro y Ana Cecilia Crisanto Castañeda*, 67

La aplicación territorial de las normas laborales: diferentes realidades y nuevas tendencias. *Margarita Isabel Ramos Quintana*, 89

La dimensión temporal de las normas laborales. *Manuel Álvarez de la Rosa*, 117

La aplicación y eficacia del Derecho Social Comunitario en España. *Icía Alzaga Ruiz*, 129

La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional. *Jesús R. Mercader Uguina*, 151

La aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales laborales. *Manuel Fernández-Lomana García*, 181

La aplicación del Derecho del Trabajo y la Administración. La función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Fernando Somoza Albardonado*, 203

La aplicación del Derecho del Trabajo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: referencia a la prevención de riesgos laborales. *Victor de Santos Sánchez*, 229

La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo. *José Luis Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés*, 261

La función del Abogado en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Luis Enrique de la Villa Gil*, 303

La función del Graduado Social en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Eva Torrecilla Hernández*, 325

Editorial

Editorial

ALFREDO MONTOYA MELGAR*

El fin del Derecho es su «realización». Quiere esto decir que el Derecho pretende, como escribió Federico DE CASTRO, que «el actuar libre de los hombres se ajuste al plan jurídico, que la norma pase de ser una proposición jurídica a ser una realidad rectora del vivir social». El «paso intermedio» –según añadía el gran jurista– entre la norma y el orden jurídico se produce precisamente a través de la interpretación y la aplicación de la norma.

Pues bien, a ese importantísimo paso intermedio –la aplicación del Derecho–, sin el cual las normas (y las sentencias) serían mero género literario (probablemente un género literario menor y con escasos lectores) pero no verdadero Derecho, se dedica el presente número de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, situado, como corresponde *ratione materiae*, en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Los catorce estudios que componen este volumen abordan los aspectos más relevantes que presenta la aplicación (y con ella, indisolublemente, la interpretación) de la rama social del Derecho. Son así objeto de tratamiento primeramente las «fuentes» jurídicas cuya aplicación se predica (a saber, los principios rectores, tanto sustantivos como procesales, del ordenamiento laboral), la ley (con especial atención hacia los criterios temporales y territoriales de aplicación); el convenio colectivo y la costumbre; y, más allá de las fronteras del ordenamiento nacional, el Derecho comunitario europeo. A continuación, se estudia la aplicación del Derecho del Trabajo a través de la labor que desempeñan distintas instancias encargadas de ella: el Tribunal Constitucional, los órganos jurisdiccionales, la Administración pública, con especial atención a la Inspección de Trabajo, la doctrina científica, y los Abogados y Graduados Sociales.

Abrimos el número con un estudio sobre «La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales», en el que procedemos a examinarlos tanto en el plano supranacional como constitucional, recurriendo al método histórico y comparado. En particular, analizamos en nuestro trabajo los principios y valores de significación laboral consagrados en la Constitución española, así como los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en ella. Por lo que se refiere a los principios, trazamos la distinción entre los sociales y económicos acogidos en la propia Constitución, los principios generales del Derecho y los principios específicos o peculiares del Derecho del Trabajo.

El Magistrado José María Marín Correa prosigue la tarea de analizar los principios del Derecho del Trabajo, ciñéndose a «Los principios de aplicación del proceso de trabajo». El autor hace

* Catedrático de Derecho del Trabajo. De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

un recorrido por los clásicos principios inspiradores del procedimiento laboral enunciados en el art. 74 LPL –inmediación, oralidad, concentración, celeridad–, ilustrando su exposición con pronunciamientos jurisdiccionales, y aprovechando para formular algunas preguntas incisivas, de no fácil respuesta, en torno a algunos preceptos de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

De «La aplicación del convenio colectivo» se encarga el Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla Fermín Rodríguez-Sañudo, que se ocupa inicialmente de las normas legales reguladoras de tal aplicación (el art. 3 del Código Civil y el Título III del Estatuto de los Trabajadores), para detenerse sucesivamente en el estudio de los presupuestos de la aplicación del convenio, refiriéndose a la determinación de la vigencia de éste y a la articulación entre el convenio y la ley. Por último, el autor entra en el contenido de la aplicación del convenio, estudiando la llamada «administración del convenio» y la interpretación de éste.

El tema de «La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo» es abordado por Antonio Vicente Sempere Navarro, Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y Ana Cecilia Crisanto Castañeda, Profesora de la Universidad de Piura (Perú). Los autores comienzan refiriéndose al contenido esencial de la costumbre laboral y a su condición de norma accesoria, en cuanto supletoria y precisada de prueba, para continuar reflexionando, siempre con atención a los pronunciamientos jurisdiccionales (no unánimes por cierto), sobre la distinción entre la costumbre y los usos de empresa, y sobre las costumbres con y sin recepción legal expresa.

Margarita Isabel Ramos Quintana, Catedrática de la Universidad de La Laguna, estudia «La aplicación territorial de las normas laborales: diferentes realidades y nuevas tendencias», analizando los cambios producidos en el ordenamiento comunitario (Reglamento Roma I, Directiva 96/71/CE), contrastándolos con el Título preliminar del Código Civil, y adentrándose en el estudio de los criterios de determinación de la ley aplicable: regla general de elección por voluntad de las partes, y sus limitaciones (orden público del foro, disposiciones imperativas del lugar de trabajo), y reglas subsidiarias (ley del lugar del trabajo y de la sede de la empresa). Asimismo trata la autora de las leyes de policía, del principio de reciprocidad y de las leyes aplicables a las formas del contrato y a la capacidad contractual, concluyendo con unas referencias al Derecho colectivo y de Seguridad Social y a la figura del desplazamiento de trabajadores.

«La dimensión temporal de las normas laborales» es estudiada por Manuel Álvarez de la Rosa, Catedrático igualmente de la Universidad de La Laguna, cuyo trabajo, tras unas reflexiones generales sobre la inserción de la norma jurídica en el tiempo, analiza los problemas de la vigencia y derogación expresa y tácita de las normas laborales, la sucesión entre estas normas, las cuestiones de retroactividad e irretroactividad y las relativas al Derecho transitorio. El autor aborda de modo específico esas mismas cuestiones –vigencia, duración, sucesión de normas– refiriéndolas particularmente a la norma específica del Derecho del Trabajo: el convenio colectivo.

Sobre «La aplicación y eficacia del Derecho Social Comunitario en España» versa el estudio de Icíar Alzaga Ruiz, Profesora Titular de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. La autora, tras recordar la doctrina internacionalista que viene distinguiendo entre «aplicabilidad» y «efecto directo» de las normas comunitarias, reflexiona en particular, con apoyo en esa doctrina especializada y en la jurisprudencia comunitaria, sobre la eficacia de las normas comunitarias, refiriéndose a la eficacia directa de los Tratados así como a la eficacia del Derecho derivado, pasando revista en consecuencia a la fuerza normativa directa de los reglamentos, a la efectividad de las directivas frente a los Estados miembros (tema tratado pormenorizadamente) y a las decisiones de la Unión Europea.

Jesús R. Mercader Uguina, Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, dedica su estudio a «La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional», centrándose en el análisis de algunas doctrinas polémicas de dicho Tribunal, que expone y valora para dar respuesta a la pregunta de si corresponde al TC aplicar el Derecho del Trabajo; así, las construcciones relativas a la ponderación judicial de los derechos y su control por el TC; al llamado canon de «razonabilidad reforzada», que exige un plus de motivación judicial cuando están afectados derechos y principios constitucionales; al contenido adicional de la libertad sindical o, en fin, a las decisiones anulatorias de despidos contrarios a derechos fundamentales adoptadas por el propio TC.

De «La aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales laborales se ocupa el Magistrado y Profesor de la Universidad Complutense Manuel Fernández-Lomana García. El autor parte del reconocimiento de que el Juez no opera como mecánica *bouche de la loi*, sino que es un «colaborador en el desarrollo del ordenamiento jurídico», a cuyo efecto proporciona diversos ejemplos de la labor creativa de los Jueces en la labor de interpretación del derecho; así, la función judicial en caso de lagunas de la ley y más allá de lo establecido en la ley. Pero, al tiempo, el autor deja claras las fronteras entre el papel del Juez y el del legislador; sobre el primero pesa un deber de «contención judicial» que le veda convertirse en un libre creador de Derecho.

Fernando Somoza Albaronedo, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, trata en su estudio sobre «La aplicación del Derecho del Trabajo y la Administración. La función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» de la importante misión que esta institución desempeña para dotar de efectividad a la legislación social. El autor comienza recordando los antecedentes, orígenes y evolución histórica de la Inspección de Trabajo, para ahondar en sus múltiples funciones de aplicación del Derecho social (fiscalizadoras, de asistencia técnica, de informe y de solución de conflictos) y también en sus modalidades de actuación, de las que destaca la visita de inspección.

A la función inspectora se refiere también, sólo que circunscrita a la materia de seguridad y salud en el trabajo, el estudio del Inspector de Trabajo y Seguridad Social Víctor de Santos Sánchez sobre «La aplicación del Derecho del Trabajo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: referencia a la prevención de riesgos laborales». El trabajo pone de manifiesto la complejidad del núcleo normativo relativo a la materia preventiva, determinado por el Ordenamiento comunitario europeo. En concreto, reflexiona sobre los cometidos de la Inspección tanto en orden a la fiscalización como a la promoción de estrategias preventivas. El autor destaca las dificultades derivadas del empleo de conceptos jurídicos indeterminados en este ámbito normativo, así como de la existencia de complejas normas «técnico-jurídicas»; finalmente se refiere a acciones inspectoras específicas (así, en casos de subcontratación y de servicios preventivos ajenos).

El papel de la doctrina académica en la aplicación del ordenamiento laboral es objeto de estudio por José Luis Monereo Pérez, Catedrático de la Universidad de Granada, y José Antonio Fernández Avilés, Profesor Titular de la misma Universidad, en su artículo sobre «La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo». Los autores identifican la tarea del jurista (que sitúan en la teoría, ideología y *praxis*) y, tras resaltar las dificultades aplicativas del clásico método de la «subsunción», se pronuncian a favor de la actividad «creativa» del operador jurídico. Descendiendo al plano más concreto del ordenamiento laboral, el estudio aborda el problema de la selección de la norma aplicable en el caso de concurrencia de disposiciones, así como los principios de norma mínima y más favorable, de irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos del trabajador, de condición más beneficiosa y *pro operario*.

«La función del Abogado en la aplicación del Derecho del Trabajo» es abordada por el Catedrático y Abogado Luis Enrique de la Villa Gil, que ofrece en primer lugar unos trazos históri-

cos, literarios y artísticos sobre la figura del abogado, que presenta a través de dicotomías: «jurista o mago», «bienhechor o malhechor», «valiente o medroso», «artista o artesano», «islote o continente». Más adelante esboza el autor el perfil del abogado laboralista (no sólo el que defiende a trabajadores, puntualiza), destacando la singularidad del ordenamiento que ha de aplicar: singularidad normativa debida sobre todo a la figura del convenio colectivo, singularidad administrativa (significada sobre todo en la Inspección de Trabajo) y singularidad jurisdiccional (debida a la existencia del orden social de la Jurisdicción). En fin, el estudio pasa revista a las muy diversas competencias del abogado laboralista.

El presente número de la Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración concluye con el artículo de Eva Torrecilla Hernández, Graduado Social y Vicepresidenta del Colegio de Graduados Sociales de Madrid, dedicado a «La función del Graduado Social en la aplicación del Derecho del Trabajo». La autora dibuja el panorama histórico de los estudios de Graduado Social, así como de la correspondiente profesión, destacando su progresivo afianzamiento, e incide sobre cuestiones relevantes de la actividad y funciones del Graduado Social. El trabajo se completa trayendo a colación el Manifiesto elaborado en 1976 por el Colegio de Graduados Sociales de Madrid, buena parte de cuyos puntos, según recuerda la autora, siguen teniendo plena vigencia en nuestros días.

Informes y Estudios

La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales*

ALFREDO MONTOYA MELGAR**

1. VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS EN EL PLANO SUPRANACIONAL

Nuestro Derecho del Trabajo, como todo nuestro ordenamiento jurídico, forma parte de un mundo compartido de valores, principios y derechos fundamentales. Sin duda, el exponente más significativo de ese mundo de valores comunes se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas tras la

II guerra mundial (10 diciembre 1948); un texto de evidente valor aplicativo, ya que el art. 10.2 de la Constitución española lo erige, junto con los Tratados internacionales, en canon hermenéutico de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

El Preámbulo de dicha solemne Declaración cifra en la dignidad e igualdad de derechos de todos los seres humanos la base de la libertad, la justicia y la paz mundiales. El articulado de la Declaración reconoce los distintos derechos fundamentales; algunos comunes a toda persona –derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la intimidad, al acceso a los tribunales, a la propiedad, a la asociación...–, otros específicos de los trabajadores –derecho al trabajo, a la seguridad social, a la igualdad retributiva, a la fundación de sindicatos y a la afiliación sindical, a la limitación del tiempo de trabajo y a las vacaciones retribuidas, a la formación profesional–. La Declaración contiene también una importante regla sobre la aplicación práctica de estos derechos: el ejercicio de éstos no es absoluto, sino que puede someterse a límites legales «con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer

* Antecedentes de este trabajo son nuestros estudios «El trabajo en la Constitución», en *El modelo social en la Constitución española de 1978* (dir. A.V. Sempere), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, «El trabajo en la Constitución (la experiencia española en el marco iberoamericano)», en ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: *El trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea* (coord. A. Montoya Melgar), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, y «Principios y valores en el Derecho del Trabajo», en *En torno a los principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez* (coord. M. Pasco Cosmópolis), México, 2005. En el presente trabajo revisamos, completamos y actualizamos algunas de las ideas expuestas en dichos estudios.

** Catedrático de Derecho del Trabajo.

las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática» (art. 29.2). Por añadidura, y con toda congruencia, se prohíbe ejercer los citados derechos «en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas»¹.

Desarrollando los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1966) reitera el valor básico de la dignidad humana y concreta una importante serie de derechos laborales: al trabajo y la formación y promoción profesionales, al salario equitativo, a la seguridad e higiene en el trabajo, al descanso y las vacaciones, a la fundación y afiliación sindicales, a la huelga...

En un ámbito más específico –el de la Organización Internacional del Trabajo, creada en 1919–, la Constitución de ésta proclama como el gran objetivo de la paz permanente ineludiblemente ha de fundarse en el valor de la justicia social.

Al lado de las iniciativas de proyección universal, se vienen desarrollando otras similares en el espacio europeo. Así, en el ámbito del Consejo de Europa, cabe citar por su especial relevancia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y la Carta Social Europea

(Turín, 18 de octubre de 1961) y, en el ámbito de la Unión Europea, los «dos Tratados» –el de la Unión Europea y el de Funcionamiento de la Unión Europea (modificados por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007)–, completados con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Estrasburgo, 12 de diciembre de 2007) y, ya centrada en la materia laboral, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989).

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, obra del Consejo de Europa que se inspira expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, insiste en los objetivos de paz y justicia para cuyo logro considera medios necesarios la democracia política y el reconocimiento de los derechos humanos. El Convenio enuncia, junto a otros derechos fundamentales, sólo un par de ellos que afectan al trabajo: la prohibición del trabajo forzado, y la fundación de sindicatos y afiliación sindical.

También en el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea reconoce un completo elenco de derechos de contenido laboral: derecho y libertad de trabajo, condiciones laborales equitativas, seguridad e higiene en el trabajo, derechos sindicales y a la negociación colectiva, protección a los menores y a las trabajadoras en situación de maternidad, orientación y formación profesionales, salud y seguridad y asistencia sociales, libertad de circulación...

Debe destacarse especialmente el papel de la Unión Europea en la proposición de valores, principios y derechos básicos de contenido o incidencia laborales. Por lo pronto, el Preámbulo del Tratado UE declara su inspiración en «la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Esta-

¹ Recuérdese que las finalidades de la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945), tal y como se exponen en su Preámbulo, son las de «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles (...), reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...), crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional (...), promover el progreso social y (...) elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad».

do de Derecho». Seguidamente, el mismo Preámbulo confirma su «adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989». Sobre la base de estas proclamas, el Tratado declara que «la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías», añadiendo que «estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» (art. 2 TUE). El Tratado declara asimismo que el desarrollo europeo se basará en «una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social» (art. 3.3) y que «la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño» (art. 3.3). En fin, el Tratado UE reitera que «la acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional» (art. 21.1). Reiterada y enfáticamente afirma el Tratado la voluntad de la Unión Europea de difundir y defender sus valores (arts. 3.1 y 5; 13.1 y 21.2.a).

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea enuncia en su Preámbulo los objetivos del «progreso económico y social y «la constante mejora de las condicio-

nes de vida y de trabajo», para insistir en su articulado en el principio de igualdad y no discriminación (arts. 8, 10, 18 y 19), desarrollando en el Título X una serie de normas sobre «Política Social». Éstas comienzan señalando los objetivos de la Unión y sus miembros: «el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones» (art. 151). A continuación, el Tratado dispone que la Unión fomentará el papel de los interlocutores sociales y el diálogo social, apoyará la acción de los Estados en una amplia serie de cuestiones laborales², así como la colaboración y coordinación de dichos Estados en el ámbito de la política social³. De modo más específico, el

² Art. 153.1 del Tratado:

«Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

- a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
- b) las condiciones de trabajo;
- c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;
- d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;
- e) la información y la consulta a los trabajadores;
- f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5;
- g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión;
- h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166;
- i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo;
- j) la lucha contra la exclusión social;
- k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)».

³ Art. 156 del Tratado:

«Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151, y sin perjuicio de las demás disposiciones

Tratado reconoce el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres (art. 157) e incluye algunas otras normas de significación social (arts. 158 a 164).

Por lo que respecta a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ésta constituye un completo elenco de tales derechos, agrupados en torno a los valores y principios de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. Junto a los derechos sindicales, derecho al trabajo y a la elección de profesión, libertad de empresa, igualdad laboral de hombres y mujeres, etc., la Carta incluye, bajo la rúbrica de «Solidaridad», una serie de derechos también típicamente laborales: información y consulta de los trabajadores, negociación y acción colectiva, acceso a los servicios de colocación, protección frente al despido injustificado, condiciones laborales justas, seguridad social y asistencia social, etc.

En fin, en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores se reconocen los derechos de libre circulación, empleo y retribución, mejora de las condiciones de vida y trabajo, protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad entre hombres y mujeres, participación de los trabajadores, protección de la salud y protección de menores, trabajadores de tercera

de los Tratados, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con:

- el empleo,
- el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo,
- la formación y perfeccionamiento profesionales,
- la seguridad social,
- la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales,
- la higiene del trabajo,
- el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores [...].

edad y minusválidos. En cuanto a la aplicabilidad de la Carta, ésta se remite a las legislaciones y convenios colectivos nacionales así como a la iniciativa de la Comisión para aprobar instrumentos destinados a la «aplicación efectiva» de la Carta.

Todo este conjunto de tratados y declaraciones supranacionales coincide en cimentar los sistemas jurídico-laborales de los Estados miembros en una sólida base de valores, principios y derechos que marcan las pautas a seguir por los legisladores, los jueces, los administradores y, en general, cualesquiera intérpretes de los Derechos nacionales.

2. VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS EN EL PLANO CONSTITUCIONAL

Una serie de valores y principios –conceptos que, pese a los repetidos intentos de distinción, cabe considerar a efectos prácticos como sinónimos⁴– es común a todo el Ordenamiento, y por tanto inspira también al Derecho del Trabajo; estos valores y principios se encuentran proclamados en la ley fundamental del país, la Constitución, así como en los instrumentos de carácter supranacional ya considerados. La legislación ordinaria, la negociación colectiva y la jurisprudencia y doctrina judicial insisten por su parte en el reconocimiento y desarrollo de esos valores y principios, que hay que distinguir tanto de los clásicos «principios generales del Derecho» (que reconoce como fuente subsidiaria, en defecto de ley o costumbre, el Código Civil) como de los específicos principios que inspiran al Derecho del Trabajo; principios estos últimos que, cabalmente, contribuyen a otor-

⁴ Como dice M. BELADÍEZ ROJO: *Los principios jurídicos*, Madrid, 1997, págs. 142 a 146, respondiendo a la pregunta de «si tiene sentido distinguir entre ‘valores’ y ‘principios’ como categorías jurídicas diferentes», «ni los valores ni los principios tienen una densidad prescriptiva claramente diferenciada, pero, aunque la tuvieran, su eficacia jurídica sería idéntica, con lo cual no parece existir motivo que justifique la distinción».

gar su peculiaridad, como rama jurídica y como disciplina académica, a este singular sector del Ordenamiento laboral.

2.1. Los «valores superiores» constitucionales y su proyección en el Derecho del Trabajo

La Constitución española de 1978, en efecto, juridifica en el más alto grado los valores superiores en los que se ancla todo el Ordenamiento jurídico, al tiempo que procede al reconocimiento, como derivación de dichos valores, de unos derechos sociales (y más concretamente, laborales) básicos y de unos principios inspiradores de la política social y económica que también sirven de guía conductora al legislador, a los jueces y a los demás poderes públicos.

El complejo sistema de valores y principios constitucionales se inscribe dentro de la fórmula del «Estado social y democrático de Derecho»⁵ que consagra nuestra Constitución en completa congruencia con los grandes textos supranacionales a los que ya nos hemos referido; fórmula que por una parte es tributaria de la tradición liberal del Estado de Derecho⁶ (que acoge la Constitución cuando reconoce el imperio de la ley y el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la tutela judicial efectiva); y por otra parte recibe, consolida y amplía las correcciones que las corrientes intervencionistas (tanto el reformismo conservador como el que procede del «socialismo de cátedra») introdujeron en el liberalismo más ortodoxo.

⁵ Cfr. sobre su alcance A. GARRORENA: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 1984. También, E. CARMONA CUENCA: *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Madrid, 2000.

⁶ Ésta —«Estado de Derecho», aunque sin calificarlo como social y democrático—, es la fórmula que emplean el Preámbulo y el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, así como el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

La concepción del Estado social y democrático de Derecho lleva a la Constitución, ya en su preámbulo, a expresar su voluntad de impulsar una «sociedad democrática avanzada», en la que el pueblo español se erige en fuente de la soberanía nacional y de todos los poderes del Estado (art. 1.2, fórmula que recuerda a la Declaración francesa de 1789). Esa misma concepción lleva a la Constitución española a ordenar a los poderes públicos que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de la libertad y la igualdad de los individuos y los grupos y que faciliten la participación política, económica, cultural y social de los ciudadanos (art. 9.2, inspirado en la Constitución italiana de 1947 y, como fórmula lingüística y remotamente, en la Constitución española de 1812)⁷.

En tanto «Estado social y democrático de Derecho», España «propugna como valores superiores de su Ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 Const.). Al hablar de valores, nuestra Constitución parece elevarse a un plano supra-positivo, aceptando la concepción que subordina el Derecho a la moral, y que, como tal, remite la justicia del derecho al ajustamiento de éste a valores referidos a «rasgos objetivos del ser» (Max Scheler), o, si se prefiere, al «ser ideal» (Hartmann)⁸. De este modo, el constituyente de 1978 enlaza con el (frustrado) constituyente de 1873, que grababa en el preámbulo de la norma una tabla de «derechos naturales» (entre ellos, la libertad del trabajo, industria, comercio y crédito), derechos y

⁷ En efecto, el art. 131.21 de la Constitución de 1812 atribuía a las Cortes la facultad de «promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan».

⁸ Cfr. J.M. RODRÍGUEZ PANIAGUA: *La ética de los valores como ética jurídica*, Madrid, 1972, especialmente págs. 101 y ss. y 124 y ss. Más recientemente, del mismo autor, *Moralidad, derechos, valores*, Madrid, 2003. También A. MONTORO BALLESTEROS: «Sobre las relaciones entre Derecho y Moral», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, págs. 529 y ss.

libertades que expresamente conceptuaba como «anteriores y superiores a toda legislación positiva»⁹.

Si la fundamentación expresa de lo jurídico en determinados «valores» parece nueva¹⁰, no lo es que una concepción ética, supra-positiva, y en ocasiones iusnaturalista¹¹, basada en el reconocimiento de unos valores, presida el sentido de un ordenamiento jurídico. Recuérdesse cómo la Declaración de Independencia de los EEUU de 1776 consideraba «como evidentes por sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad». En igual sentido, la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 hablaba de los «derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre». Análogamente, la Ley Fundamental de Bonn se refiere a los «derechos inviolables e inalienables del hombre», y, en fin, nuestra vigente Constitución fundamenta el orden político y la paz social en la «dignidad de la persona» y sus «derechos inalienables»; expresiones todas ellas que manifiestan la convicción de que las Constituciones, lejos de crear los derechos fundamentales y los valores básicos de la comunidad nacional, se limitan a reconocerlos, en tanto se les considera preexistentes, inmanentes o naturales. La Constitución, como el jurista, más que crearlos, se encuentra ya esos derechos, principios y valores; como se ha dicho con insuperable exactitud, «el Derecho en parte es dado y en parte es

elaborado; el Derecho en parte se hace y en parte se descubre».¹²

2.1.1. *El valor constitucional de la libertad y su proyección en el Derecho del Trabajo*

El primero de los valores superiores sobre los que la Constitución española erige el Ordenamiento jurídico es la libertad. Típico postulado del constitucionalismo liberal (la libertad es, como acabamos de ver, un «derecho inalienable» ya en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos; y se consagra en las Constituciones españolas de 1812, 1869 y 1931), la libertad se proyecta sobre el trabajo originariamente en su dimensión de libertad de elección de profesión u oficio, y, más concretamente, en su vertiente de libre acceso a los cargos y empleos públicos. El tránsito hacia la plena libertad de trabajo (y, más aún, hacia el derecho al trabajo) es sumamente cauteloso en nuestra historia constitucional. El «derecho al trabajo» se acoge en el art. 35 de la vigente Constitución española, en el que aparece la doble faz del «deber de trabajar y el derecho al trabajo», así como el derecho «a la libre elección de profesión u oficio». La solemne proclamación constitucional del derecho al trabajo (tan enfáticamente reivindicado por los revolucionarios franceses de 1848) no implica, por supuesto, que de ella broten auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos a obtener puestos de trabajo¹³; otra cosa es que del «derecho al trabajo» puedan deducirse, ya que no el derecho

⁹ Sobre los «valores trascendentales al Derecho positivo» presentes en la vigente Constitución, cfr. F. GALINDO: «La fundamentación filosófica de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pág. 104.

¹⁰ G. PECES-BARBA: *Los valores superiores*, Madrid, 1984, pág. 12.

¹¹ F. GALINDO: «La fundamentación filosófica...», cit., pág. 102: «el jusnaturalismo es proclamado en nuestra Constitución desde el primer momento».

¹² M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Madrid, 2002, pág. 29.

¹³ Como afirma A. MARTÍN VALVERDE: «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 204, «la Constitución española no reconoce, propiamente hablando, un derecho al trabajo». Vid. también M.R. ALARCÓN CARACUEL: «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *Revista de Política Social*, nº 121, págs. 5 y ss.

a un empleo (¿frente a quién podría esgrimirse ese derecho en un sistema, como el consagrado en el art. 38 de la Const., de libertad de empresa y economía de mercado?) sí ciertos derechos no desdeñables, algunos esgrimibles frente al empresario como el derecho a la ocupación efectiva o las garantías frente al despido injustificado, y otros ejercitables ante los poderes públicos, como el derecho a una formación profesional orientada al empleo o, en fin, el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en caso de desempleo.

Con todo, la inevitable imprecisión del contenido del «derecho al trabajo» ha llevado a estimar a algún comentarista que seguramente hubiera sido más apropiado incluirlo, no entre los derechos constitucionales, sino entre los que la Constitución española configura como meros principios orientadores de la política social y económica¹⁴.

El valor constitucional de la libertad tiene una cualificada expresión laboral, de dimensión tanto individual como colectiva, en la libertad sindical; un derecho éste reivindicado por el movimiento obrero desde sus orígenes. Reconocida en las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919) y, a partir de ellas en todo el moderno constitucionalismo, la libertad sindical supone un avance trascendental a partir del simple derecho de asociación y reunión contemplado en las viejas Constituciones del siglo XIX —contemplado repetidamente, y repetidamente suspendido y limitado—.

Con el único antecedente nacional de la Constitución republicana de 1931, la vigente reconoce la libertad sindical —a la que otorga rango de derecho fundamental— tanto en su dimensión colectiva (derecho a fundar sindicatos, a formar federaciones, confederaciones

y organizaciones internacionales) como individual (derecho a la afiliación sindical, del que se excluye a ciertos grupos: jueces, magistrados y fiscales; miembros de las Fuerzas Armadas). La libertad sindical individual tiene además una proyección positiva (derecho a afiliarse a un sindicato) y una proyección negativa (art. 28.1 Const.: «nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato»)¹⁵.

Estrechamente vinculados con la libertad sindical se encuentran el derecho de huelga —también acogido por vez primera en la Constitución vigente y erigido por ella en derecho fundamental; el art. 28.2 Const. ordena a la ley que lo regule que establezca las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad—, el derecho a la negociación colectiva (simple derecho de los ciudadanos sin rango de derecho fundamental) y el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (también derecho de los ciudadanos). La vigente Constitución no reconoce expresamente el derecho empresarial al cierre («lock-out»), adhiriéndose a la tradición constitucional de ignorancia de la figura; sin embargo, y pese al pudor de la Ley Fundamental por nombrar dicha institución jurídica, es evidente que ésta se encuentra implícitamente incluida en el derecho de los empresarios a adoptar medidas de conflicto, reconocido como derecho de los ciudadanos en el art. 37.2 de la Constitución. Está claro que la Constitución española no quiso consagrar expresamente el cierre patronal pero tampoco llegó, en la posición contraria, a la decisión prohibitiva de la Constitución portuguesa de 1976.

El valor superior de la libertad se manifiesta asimismo en el derecho constitucional (con rango de derecho de los ciudadanos, no funda-

¹⁴ En este sentido, S. BASILE: «Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, pág. 289.

¹⁵ Vid. M. ALONSO OLEA: «Panorama general de la Ley Orgánica de Libertad Sindical», en *Seminario sobre el Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical*, Revista Facultad Derecho Universidad Complutense Madrid, nº 7, págs. 17 y ss.; A. OJEDA AVILÉS: «Delimitación, contenido y restricciones de la libertad sindical», en *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Madrid, 1986, págs. 23 y ss.

mental) a la libertad económica enunciado en el art. 38 Const., que reconoce «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», un derecho conectado ciertamente con el de propiedad (art. 33 Const.). Este reconocimiento positivo se ve atemperado por la invocación a las «exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»; limitaciones acordes con la concepción constitucional de la propiedad, delimitada por su función social (art. 33 Const.), cuya relativa indefinición motivó iniciales dudas en los intérpretes¹⁶. Estas limitaciones sociales de la propiedad no aparecen por primera vez con rango constitucional en la Constitución de 1978, sino que tienen claros y reiterados antecedentes en nuestro constitucionalismo histórico.

2.1.2. *El valor constitucional de la justicia y su proyección en el Derecho del Trabajo*

El segundo «valor superior» en que la Constitución española asienta el ordena-

¹⁶ Así, J. SERRANO CARVAJAL: «Libertad de empresa y planificación en la Constitución española», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, cit., pág. 365, ante la ambigüedad de los textos de la llamada «Constitución económica», se planteaba la duda de si «en realidad hemos escogido como sistema económico el de la libre empresa en una economía de mercado (...) o acaso podrá en base a la misma Constitución implantarse un sistema más o menos parecido al dirigismo planificador imperativo...». M. GARCÍA PELAYO: «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española*, cit., pág. 50, entendía que, pese a las ambigüedades indicadas, «el sistema del que parte la normativa constitucional es, desde el punto de vista económico, el sistema neocapitalista históricamente unido desde su nacimiento al *Welfare State* o al Estado Social». De aquí la afirmación del autor de que «el sistema económico subyacente a la Constitución no difiere mucho en lo sustancial del existente en la legislación en la legislación y en la praxis del Estado franquista: ni la planificación ni la reserva al sector público, ni la iniciativa pública, ni la expropiación con indemnización (...) son invenciones de la Constitución, si bien ésta los ha elevado a preceptos constitucionales, los ha situado en otro contexto...».

miento jurídico es el de la justicia (asimismo reconocido, como ya vimos, en diversos instrumentos supranacionales), que, ya en el preámbulo de nuestra Ley Fundamental, se conecta con la vida social y económica («La Nación española, deseando establecer la justicia (...) proclama su voluntad de: garantizar la convivencia (...) conforme a un orden económico y social justo»). Valor éste con menos aplicación directa en materia laboral, ciertamente, que los valores de la libertad y la igualdad¹⁷, pero con una importantísima proyección sobre un derecho fundamental tan continuamente invocado ante el Tribunal Constitucional como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española, que viene con otros de disposiciones supranacionales). Este valor –ya incluido entre los objetivos expresos de la Constitución norteamericana de 1787– tiene, con independencia de que inspire numerosas de nuestras normas constitucionales, acogida expresa en diversos textos legales; así, por todos, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio) proclama en su art. 7.3 que «los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión».

2.1.3. *El valor constitucional de la igualdad y su proyección en el Derecho del Trabajo*

El tercer valor superior que el Estado social y democrático de Derecho que personifica jurídicamente a la Nación Española propugna como inspirador del Ordenamiento jurídico es la igualdad (art. 1.1 CE); un valor proclamado tanto en Constituciones liberales, social-demócratas o totalitarias, aunque, desde luego, con distinto alcance y con diferente voluntad de desarrollo real y efectivo.

¹⁷ S. DEL REY GUANTER: «La aplicación de los valores superiores de la Constitución española en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, 1988, nº 6, pág. 49.

Un valor que también hoy reconocen con unanimidad, incluida su proyección laboral, distintos instrumentos supranacionales.

Las proclamas de un Locke, para quien el «estado de naturaleza» originario era «un estado de igualdad»¹⁸, de un Montesquieu, a cuyo juicio «el amor a la democracia es el amor a la igualdad»¹⁹, o de un Rousseau, para quien «el pacto social establece entre los ciudadanos tal igualdad que todos se obligan bajo las mismas condiciones y deben gozar de los mismos derechos»²⁰; esas proclamas y otras muchas del mismo signo fueron calando lentamente en las legislaciones, contribuyendo a crear un nuevo clima ético y jurídico a cuya luz las viejas situaciones de desigualdad se empezaron a plantear, no como datos naturales e ineluctables de la convivencia humana, sino como «cuestión social» injusta que no cabe aceptar y a la que hay que dar una solución justa.

Lo que el ideario liberal plantea inicialmente como igualdad jurídica individual y abstracta, y en buena medida retórica, pasa a ser libertad social y económica en el Estado social de Derecho, a cuyo modelo, como hemos dicho, responde nuestra vigente Constitución²¹.

Nuestra Ley Fundamental, además de propugnar como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad (art.

1.1), concreta el sentido de ésta en el trascendental art. 14, vía continuamente transitada para acceder al recurso de amparo constitucional: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Más aún, el importantísimo art. 9.2 Const. dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». A la igualdad abstracta y formal se contrapone aquí la igualdad real; una igualdad que se predica no sólo de los individuos sino también de los grupos y organizaciones (obviamente, entre ellas los sindicatos y las asociaciones empresariales). La búsqueda de esa igualdad real y efectiva va en la práctica más allá de la pura nivelación o trato idéntico, pues discurre también por las nuevas vías de las llamadas «acciones positivas» o «acciones afirmativas» a través de las que se privilegia a personas o grupos tradicionalmente discriminados²².

La aplicación del principio de igualdad tiene un ámbito particularmente importante y frecuente en las relaciones laborales. El Tribunal Constitucional, en efecto, ha declarado que el Derecho del Trabajo es un ordenamiento «compensador e igualador», que aspira a introducir, protegiendo de modo cualificado a los trabajadores, un factor de igualdad en las relaciones, tradicionalmente desiguales, de empresarios y trabajadores²³. La

¹⁸ J. LOCKE: *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. A. Lázaro Ros, Madrid, 1976, pág. 5.

¹⁹ MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, I, París, 1979, pág. 168.

²⁰ J. J. ROUSSEAU: *El contrato social*, Madrid, 1966, pág. 38.

²¹ G. PECES BARBA: «Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales», en *Derechos sociales, económicos y culturales*, Murcia, 1981, pág. 64, destaca la «introducción del componente igualitario en la teoría de los derechos fundamentales», que conduce a la «progresiva desconsideración teórica de algunos derechos (propiedad, libertad de industria y comercio) que en la teoría clásica liberal se consideraban como más importantes».

²² Vid. en la literatura reciente, M.A. MARTÍN VIDA: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, 2003.

²³ Así, STC 3/1983, de 25 de enero, Fundamento Jurídico III. Cfr. el comentario de la misma por M. ALONSO OLEA en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, tomo I, 1983, ref. 36, Madrid, 1984, págs. 134 y ss.

obtención de un mayor equilibrio en esas relaciones es el objetivo común de las instituciones sustantivas y procesales del Derecho del Trabajo, tanto en su dimensión individual como, sobre todo, colectiva (convenios y conflictos colectivos, huelga, etc.; institutos que el propio Tribunal Constitucional concibe como «contrapesos» niveladores del poder de los empresarios y del de los trabajadores y sus respectivas organizaciones²⁴).

2.1.4. *El valor constitucional del pluralismo político y su proyección en el Derecho del trabajo*

El cuarto y último de los valores superiores invocados por la Constitución española es el del pluralismo político²⁵; pluralismo que, aun sin un reconocimiento expreso, estaba en la base de todas nuestras anteriores Constituciones comprendidas entre la de 1812 y la de 1931.

Si el constituyente de 1978 tuvo especial empeño en incorporar este cuarto valor del pluralismo político fue debido sin duda a una circunstancia histórica: la decisión de hacer explícito el rechazo del monismo político (y sindical) característico del régimen de Franco, simbolizado respectivamente en el «Movimiento Nacional» y la «Organización Sindical Española»²⁶. Frente a ese doble monolitismo,

²⁴ Sobre la configuración del Derecho del Trabajo por la doctrina del Tribunal Constitucional como un «ordenamiento compensador e igualador», cfr. A. MARTÍN VALVERDE: «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia constitucional», *Revista de Política Social*, nº 137, págs. 105 y ss.; S.A DEL REY GUANTER: «La aplicación de los valores superiores...», cit., págs. 43 y ss.

²⁵ Cfr. M. RAMÍREZ: «Participación y pluralismo en la Constitución de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española*, cit., págs. 58 y ss.

²⁶ Como dice J.J. GIL CREMADES: «Las ideologías en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española*, cit., pág. 74, «aceptar y regular el pluralismo ideológico de la sociedad es una de las obsesiones de la Constitución española de 1978» frente a la «imagen de sociedad impuesta por las leyes políticas del

la Constitución alza un doble pluralismo: el de los partidos políticos y el de los sindicatos, unos y otros consagrados en el título Preliminar de la Ley Fundamental, ocupando artículos contiguos. En efecto, el art. 6 Const. declara que «los partidos políticos expresan el pluralismo político...», etc., y el art. 7 afirma que «los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Consecuencia del pluralismo sindical es el reconocimiento de la libertad de crear sindicatos y de afiliarse libremente (o no afiliarse) al que se desee (art. 28.1 Const.).

En alguna ocasión, el Tribunal Constitucional (S. de 24 de enero de 1984) ha invocado el valor del «pluralismo político» para justificar las distintas opciones que el legislador ordinario tiene ante sí cuando se propone desarrollar un precepto constitucional (en el caso examinado en dicha sentencia, se debatía el contenido concreto del Estatuto de los Trabajadores, previsto en el art. 35. 2 de la Const.).

2.2. Valores y derechos constitucionales

Bajo la cúpula de los «valores superiores» del ordenamiento jurídico, la Constitución de 1978 enuncia los derechos básicos «inherentes a la persona», como dice el art. 10.1, con acento iusnaturalista; unos derechos cuyo común denominador reside en otro valor crucial: el de la «dignidad de la persona»²⁷. Tal idea, como se ha escrito recientemente, está

Régimen del General Franco (que) era la de uniformidad».

²⁷ A «la dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana» como base de la libertad, la justicia y la paz mundiales se refiere el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, recordado a su vez en el Preámbulo del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). La Carta reitera en su art. 1 la igualdad de todos los seres humanos «en dignidad y derechos». Por su parte, el Tratado de la Unión

anclada en el hecho de que «el orden moral proviene del interior de la propia naturaleza humana y no es algo que haya de ser impuesto por la cultura»²⁸. La dignidad de la persona es la que justifica la existencia de unos «derechos inviolables que le son inherentes», que conforman el fundamento del orden político y la paz social, junto con «el libre desarrollo de la personalidad» y «el respeto a la ley y a los derechos de los demás», según expresa el art. 1.º 1 Const. Esos derechos fundamentales a cuyo reconocimiento obliga la dignidad humana no dependen de la conciencia individual (esto es, de lo que cada individuo aislado pueda determinar), sino de la conciencia social, una vez que ésta queda formalizada jurídicamente a través de una vía específica: la propia Constitución, que relaciona esos derechos. A su vez, la interpretación del contenido de dichos derechos se remite por la Constitución a otras instancias sociales formalizadas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y convenios internacionales ratificados por España (art. 10.2 Const.), en lugar destacado el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) y, más recientemente, los «dos Tratados» de la Unión Europea (modificados por el de Lisboa) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (Estrasburgo, 2007).

Los derechos reconocidos en la Constitu-

Europea (art. 2) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Preámbulo y art. 1) colocan a la dignidad humana entre los valores inviolables que fundamentan la Unión. Recuérdese que la LO 1/2008, de 30 de julio, declara, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 de la Constitución y el art. 1.8 del Tratado de Lisboa, que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades se interpretarán de conformidad con la referida Carta, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007.

²⁸ F. FUKUYAMA: *El fin del hombre. Consecuencias de la revolución biotecnológica*, Barcelona, 2002, pág. 254. Para la dimensión laboral de la dignidad, cfr. L. PACHECO ZERGA: *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 2007.

ción española se inspiran en «la herencia cultural, religiosa y humanista, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona», en palabras del preámbulo de la frustrada Constitución Europea, repetidas hoy en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea; valores que se cifran en el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos humanos, en un marco social caracterizado por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad, la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación (art. I-2 de la propia fallida Constitución Europea, hoy art. 2 del Tratado de la Unión Europea). El art. 6 del Tratado de la Unión Europea proclama, como ya hemos dicho, la adhesión a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y anuncia la adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Tanto los derechos reconocidos por éste como «los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros» han de constituir, según el citado art. 6, «principios generales» del Derecho de la Unión.

Por su parte, la Constitución española vigente distribuye esos derechos básicos en dos grandes categorías:

- Los derechos fundamentales y las libertades públicas –sólo dos de estricto contenido laboral: la libertad sindical y la huelga– reciben una protección privilegiada, que podemos calificar como de grado máximo²⁹. Tal protección consiste, por una parte, en que los derechos han de ser regulados por una ley orgánica (que exige mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en la votación final sobre el

²⁹ Sobre los distintos grados de protección de los derechos y principios constitucionales, *vid.* nuestro estudio «La protección constitucional de los derechos laborales», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, págs. 267 y ss.

conjunto del proyecto de ley); además, la reforma de la Constitución que afecte a tales derechos exige la disolución de las Cortes y la misma mayoría que si se tratase de la revisión total de la Constitución. En fin, la vulneración de tales libertades y derechos por los poderes públicos –a través de decisiones distintas de la ley del Estado, Comunidades autónomas y demás entes públicos, o a través de actuaciones de los órganos judiciales– permite acudir ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento preferente y sumario, y, agotada la vía judicial, al Tribunal Constitucional en recurso de amparo. La impugnación directa de los actos de los poderes públicos es también, en muchos casos y mediatamente, impugnación del acto o actos de particulares (en nuestra materia, actos del empresario) confirmados por el poder público (v.g.: la impugnación de una sentencia que considera un despido como no discriminatorio, es también e indirectamente impugnación del acto mismo de despido).

La razón de que sean exclusivamente la libertad sindical y el derecho de huelga los únicos derechos de contenido específicamente laboral configurados como fundamentales en la Constitución española es histórica: el constituyente pone énfasis en esos derechos, y sólo en ellos, porque quiere marcar la diferencia radical de actitud existente entre la Constitución y las Leyes Fundamentales del franquismo en cuestiones tan cruciales: la Constitución de 1978 eleva al más alto grado los derechos laborales que quedaron más oscurecidos durante el régimen de Franco.

Ahora bien; que la Constitución sólo eleve al rango de derecho fundamental a la libertad sindical y la huelga no obsta para que el trabajador (y en su caso el empresario) sea titular de otros derechos fundamentales generales dotados de proyección laboral. Tal es el caso del derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al honor y a la intimidad, el derecho, ya aludido, a la igualdad y la no discriminación, a la libertad ideológica y religiosa, a la libertad de expresión e información, y,

por supuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva. Los casos de invocación de estos derechos ante la justicia constitucional son frecuentes y vienen generando, como es bien sabido, una copiosa jurisprudencia.

Inicialmente, el procedimiento preferente y sumario que la Constitución contempla como previo al recurso de amparo fue el regulado, si bien de modo insuficiente, por la ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona; esta Ley establecía una triple vía procesal de invocación del derecho fundamental –penal, civil y contencioso-administrativa–, en la que no se incluía de modo expreso la vía laboral, aunque el Tribunal Constitucional entendió que ésta era la apropiada (el «cauce natural»: SsTC 55/1983 y 47/1985) para esgrimir los derechos fundamentales vulnerados en el marco de la relación laboral. En la actualidad, la Ley de Procedimiento Laboral (RDLg 2/1995) regula como modalidad procesal específica el proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales ejercitados en el marco de la relación laboral.

– Los simples derechos de los ciudadanos reciben una protección media: su regulación compete a la ley ordinaria, y su vulneración sólo da lugar a reclamaciones en vía jurisdiccional ordinaria, no en amparo ante el Tribunal Constitucional. Estos derechos son muchos y destacados, aunque de distinta fuerza imperativa: derecho al trabajo, derecho a la libre elección de oficio, a la promoción a través del trabajo, a la remuneración suficiente, a la negociación colectiva, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, a la libertad de empresa.

2.3. Los principios sociales y económicos de la Constitución y su proyección en el Derecho del Trabajo

La Constitución de 1978 añade a los valores superiores y a los derechos fundamentales y derechos de los ciudadanos una tercera

categoría: los «principios rectores de la política social y económica», algunos de los cuales se refieren a nuestra materia. La Constitución, del mismo modo que positiviza unos determinados valores, según ya vimos, procede a acoger unos determinados principios, referidos precisamente a la materia social y económica, muy en concordancia con el modelo de Estado social –un Estado «prestacional» o redistribuidor– elegido por la Ley Fundamental. Evitándonos la inacabable polémica sobre si los principios del Derecho se encuentran en la conciencia ético-jurídica de la comunidad o si, por el contrario, sólo alcanzan tal rango cuando además los proclama el propio Ordenamiento³⁰, la Constitución procede a relacionar los que ella misma considera principios inspiradores del orden socio-laboral, y a los que atribuye una determinada efectividad.

Estos principios se formulan, por regla general, y en atención a la naturaleza que se les asigna, como mandatos a los poderes públicos, más que como derechos de los ciudadanos³¹. El contenido de estos mandatos y orientaciones de la Constitución es muy amplio, y desborda el puro y simple encargo a los poderes públicos para que éstos lleven a cabo una determinada tarea normativa, para alcanzar también la adopción de otras medidas políticas y administrativas.

Algunos de estos principios son de inevitable generalidad; por ejemplo, el que encomienda a los poderes públicos promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico» (art. 40.1 CE). Otros apuntan a objetivos más delimitados (en otras Constituciones, algunos de ellos se configuran, no sin

razón, como derechos estrictos): los poderes públicos deben realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1); deben fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velando por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizando el descanso mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones remuneradas y la promoción de centros adecuados (ar. 40.2); los poderes públicos deben mantener 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, dejando en libertad la asistencia y prestaciones complementarias (art. 41); el Estado en particular velará por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, orientando su política hacia su retorno (art. 42).

Principios no específicamente laborales, a diferencia de los anteriores, tienen también importantes repercusiones sobre nuestra materia. Así ocurre con el mandato a los poderes públicos para que aseguren la protección de la familia, de los hijos y de los niños en general (art. 39); para que lleven a cabo una política de estabilidad económica (art. 40.1); para que realicen una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49); para que garanticen mediante pensiones adecuadas y actualizadas periódicamente la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, promoviendo su bienestar mediante un sistema de servicios sociales (art. 50).

Tales principios, que se enuncian como mandatos no sujetos a plazo, son característicos del Estado social de Derecho, en el que no sólo se reconocen derechos abstractos a los ciudadanos sino que se imponen deberes a los poderes públicos. Esta concepción se observa también en otras Constituciones: la portuguesa enuncia principios similares como obligaciones del Estado, y la italiana hace lo pro-

³⁰ Sobre esta cuestión, M. BELADÍEZ ROJO: *Los principios jurídicos*, cit., págs. 17 y ss.

³¹ Excepcionalmente, los referidos principios se enuncian como derechos; así, art. 43.1: «Se reconoce el derecho a la protección de la salud»; art. 45.1: «Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado...», etc.; art. 47: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

pio bajo la rúbrica de «Relaciones económicas».

La eficacia jurídica de estos principios es precisada por la propia Constitución cuando determina que deben informar la legislación, la práctica judicial y las restantes actuaciones de los poderes públicos. El art. 53.3 de la Constitución no permite la nuda y directa invocación de la violación de un principio ante los órganos de la jurisdicción, sino que exige que ese principio, para poder ser alegado, haya sido acogido y desarrollado por una ley. Ello no obsta a que jueces y autoridades político-administrativas deban ajustar su actuación a dichos principios, como exige la Constitución. Más aún, una ley que vulnerara alguno de esos principios podría ser impugnada por inconstitucional.

Principios económicos y sociales que habría que calificar de extrasistemáticos (en cuanto que se hallan fuera del Capítulo III del Título I de la Constitución, que es el que trata «De los principios rectores de la política social y económica») aparecen enunciados en un lugar inesperado: el Título VII de la Constitución, dedicado a «Economía y Hacienda». Si es hasta cierto punto explicable que se recoja en este Título el tradicional principio de la subordinación de la riqueza del país al interés general (art. 128), o la previsión de que el Estado podrá planificar la actividad económica (art. 131)³² lo es menos que figuren en él principios de contenido eminentemente social como el de la participación de los inte-

³² El art. 131.2 CE prevé que el Estado elabore proyectos de planificación, con el asesoramiento de sindicatos y organizaciones empresariales, profesionales y económicas, a cuyo fin «se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley». Es más que dudoso que este Consejo sea el Consejo Económico y Social creado por la Ley 21/1991. En este mismo sentido, A. SANTANA GÓMEZ: «El Consejo Económico y Social español», en A. OJEDA AVILÉS (coord.): *Los Consejos Económicos y Sociales*, Madrid, 1992, págs. 17 y ss. Posición contraria en J.L. GARCÍA RUIZ: *El Consejo Económico y Social*, Madrid, 1994, especialmente págs. 125 y ss.

resados en la Seguridad Social (art. 129.1) y en la empresa (art. 129.2).

La Constitución no alude a la eficacia de estos principios, aunque es evidente que sus destinatarios son también los poderes públicos, que habrán de adaptar sus decisiones (normativas y de otro tipo) a ellos. En todo caso, el carácter general con que estos principios se hallan formulados deja un amplio arbitrio a su desarrollo. A esta circunstancia se suma el hecho de que algunos de esos principios actúan como límite o contrapeso de otros principios o derechos³³; así ocurre, de modo señalado, con la planificación de la actividad económica (art. 131.1 Const.) y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 Const.), que tras reconocer este derecho, también prevé la posibilidad de la planificación).

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

3.1. Sobre los principios generales del Derecho

Diferentes de los principios y valores reconocidos en la Constitución, cuya eficacia normativa es la que la propia Constitución impone (esto es: obligan al legislador y a los demás poderes públicos), son tanto los tradicionales «principios generales del Derecho» como los principios peculiares del Derecho del Trabajo.

Los principios generales del Derecho son, en tanto principios, criterios inspiradores del Ordenamiento jurídico (y no, por tanto, reglas jurídicas específicas); son además, como generales, comunes a todo el Ordenamiento; y, en cuanto principios del Derecho, son principios estrictamente jurídicos, no

³³ Cfr. F. SUÁREZ GONZÁLEZ: «El Derecho del Trabajo en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, II, Madrid, 1978, págs. 218 y ss.

sociales, morales o religiosos.

Los principios generales del Derecho derivan, induciéndose de ellas, de las normas jurídicas vigentes en un determinado momento y país; constituyen por ello el verdadero espíritu de las leyes. Por tanto, tales principios son immanentes al Derecho; no constituyen algo ajeno y superior a éste, algo, en definitiva, trascendente al Ordenamiento jurídico. No cabe, pues, pensar que se trate de unos principios suprajurídicos que marquen al Derecho su deber ser³⁴. Si, en una hipótesis revolucionaria extrema, se derogara en su integridad el Ordenamiento de un país, desaparecerían al tiempo los principios generales de ese Ordenamiento. Cuestión distinta es que el legislador incorpore a las normas que apruebe valores ético-sociales, anteriores a las normas, juridificándolos. Lo que el intérprete de la norma no puede hacer –sea juez, autoridad administrativa o cualquier otro aplicador de la ley– es inventar principios generales so pretexto de que se está limitando a descubrirlos. Pues ésta es la única función del intérprete (y, por tanto, del Juez como intérprete investido de autoridad) con relación a los principios generales del Derecho: descubrirlos, no en el mundo de las ideas ético-político-sociales (y menos aún en el mundo subjetivo de sus ideas y creencias personales), sino en el ámbito del Derecho vigente mismo.

En cuanto a su significación aplicativa, los principios generales del Derecho cumplen la función de integrar lagunas de regulación no cubiertas expresamente por la ley (u otra norma jurídica) y de servir como criterios interpretativos en la aplicación del Derecho. Pero

³⁴ Esta es la clásica concepción mantenida por F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas, págs. 419-420: los principios generales del Derecho son «las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación»; «...el concepto de los principios generales impone su subordinación a los mandatos eternos de la Justicia, al sentimiento permanentemente nacional y a los fines constructivos del Estado».

tal integración e interpretación se nutren de la sustancia misma del Ordenamiento jurídico vigente, sin que el intérprete pueda acudir lícitamente a valores o criterios ajenos a aquéllos en los que el propio ordenamiento se funda.

Mientras que durante una larga etapa histórica el Derecho se fundamentó en principios de Derecho Natural (Derecho divino primero, y luego Derecho racional)³⁵, la Revolución francesa ocasiona un radical cambio axiológico, que sustituye, como fundamento del Derecho, la Ley eterna por la voluntad general, proceso que desemboca, con el positivismo jurídico, en la consideración de los principios generales como expresión última de la voluntad de la ley. Los valores presentes en los principios generales son, sencillamente, los valores que inspiran al Ordenamiento jurídico. Cuestión distinta es que el legislador, en un sistema democrático, deba adecuar sus normas a la conciencia social dominante, bien entendido que esta conciencia no es la fuente directa de los principios generales, sino un mero conjunto de ideas y creencias morales, sociopolíticas e incluso de política del Derecho, que en tanto no cristalicen en normas, no podrán alumbrar dichos principios. De principios generales del Derecho sólo podrá hablarse, pues, cuando aquellas ideas y creencias hayan sido asumidas efectivamente

³⁵ Una reveladora muestra de la búsqueda de legitimación trascendente del poder y el Derecho la encontramos, entre otros innumerables ejemplos que podrían traerse a colación, en las palabras de Carlos I a las Cortes de Santiago de Compostela de 1520: «Se equivoca quien cree que por medio de hombres o riquezas, por estratagemas o medios ilegales, puede hacer que el imperio del mundo entero caiga en su poder. Pues el imperio sólo procede de Dios». Tan idealista proclama contrasta con la maquinaria financiera puesta en marcha para convencer a los siete electores imperiales a favor de Carlos. «Está más claro que el agua –manifestó en 1523 sin contemplaciones al emperador su banquero, Jacob Fugger– que, de no ser por mí, no habrías conseguido la corona del Sacro Imperio Romano» (cfr. H. THOMAS: *El Imperio Español. De Colón a Magallanes*, Barcelona, 4ª ed., 2003, págs. 509 y 483).

por el Derecho, inspirando sus normas y sus instituciones. Y si el legislador errase al interpretar cuál sea la conciencia ético-jurídica de la sociedad, y elaborara un sistema jurídico en el que se ignoraran o tergiversaran creencias e ideas de esa sociedad, es evidente que principios generales del Derecho serían aquéllos en los que la ley se inspirara, aunque no se correspondieran con los que la sociedad sustentara. Para que tal discordancia indeseada no se produzca, el legislador tiene hoy en su mano acudir a procedimientos de investigación sociológica (encuestas, estudios estadísticos, etc.) que le ilustren acerca de la verdadera inclinación de la mayoría, es decir, acerca del verdadero sentido de la voluntad general, criterio democrático éste que, con todos sus riesgos, parece el menos inseguro para determinar los valores de una sociedad.

Los principios generales del Derecho son, desde luego, verdadero y propio Derecho, si bien de rango normativo muy secundario. De modo contundente, el art. 1.1 del Código Civil declara que «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», añadiendo (art. 1.4) que «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Sin embargo, de los meros principios generales del Derecho no pueden nacer derechos y obligaciones concretos, como no sea el genérico deber de no infringir aquéllos³⁶.

Cuando un principio general del Derecho pasa a estar expresamente positivizado en una norma constitucional u ordinaria, con ello adquiere la naturaleza de ésta, pierde su originaria condición de principio general y se convierte en valor o principio vinculante para los poderes públicos, o en soporte legal de derechos y obligaciones. Son los otros principios, los que no se encuentran proclamados

de modo explícito en una norma en la que quedarían disueltos, los que verdaderamente merecen el nombre de principios generales del Derecho, en el sentido de fuentes propias y distintas de la ley (e inferiores a ésta); esto es, en el sentido que les confiere el Código Civil.

En cuanto comunes a todo el Derecho, los principios generales rigen también en el Derecho del Trabajo. Tal ocurre, por ejemplo, con los principios de buena fe, de autonomía de la voluntad, de prohibición del enriquecimiento injusto, de ir contra los propios actos, de «non bis in ídem» o de «pacta sunt servanda».

3.2. Sobre los principios específicos del Derecho del Trabajo

En fin, distintos de estos «principios generales», comunes a todo el bloque jurídico, son los principios específicos del Derecho del Trabajo. Principios éstos que se inducen del concreto ordenamiento laboral y que no son, por tanto, principios generales del Derecho pero tampoco principios metajurídicos (sociológicos, morales, políticos, etc.). La función de los principios del Derecho del Trabajo —sin perjuicio «del derecho positivo de cada país»³⁷— es fundamentalmente interpretativa; así, y tomando como ejemplo el conocido principio «in dubio pro operario», éste procede aplicando la equidad «para la interpretación de normas oscuras» (S. del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1992) y «tiene su propio campo de actuación en la interpretación de las normas legales, para, cuando ésta permita distintos sentidos, atribuir el que resulte más favorable para el trabajador» (S. del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990). La limitada función de los principios del Derecho del Trabajo es reiterada por la propia jurisprudencia, que proclama que «la infracción de este

³⁶ En este sentido, M. BELADÍEZ ROJO: *Los principios jurídicos*, cit., págs. 84 a 88 y 93.

³⁷ A. PLA RODRÍGUEZ: *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 23.

principio sólo puede ser alegada como supletoria en defecto de norma legal o consuetudinaria aplicable, siendo preciso citar expresamente la doctrina legal que reconozca el principio» (S. del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1990).

En realidad sólo hay un gran principio del Derecho del Trabajo, que se identifica con la razón de ser de esta rama del Ordenamiento jurídico: el principio de protección del trabajador. Todos los demás llamados principios del Derecho del Trabajo no son sino derivaciones o especificaciones de éste, tanto en el orden sustantivo como en el procesal. Este principio se induce sin dificultad de la legislación laboral. Aspectos suyos son el principio de norma más favorable y el de irrenunciabilidad de derechos, acogidos en el Estatuto de los Trabajadores, o el de la condición más beneficiosa, contenido en muchos convenios colectivos. Las normas protectoras de la estabilidad del empleo son también expresión de dicho principio, concreciones procesales del cual son las reglas sobre asistencia jurídica gratuita y la propia configuración del proceso laboral como procedimiento rápido y sencillo.

Los principios del Derecho del Trabajo, al ser emanación de la legislación laboral, dependen de ésta. Quiere con esto decirse que

un principio –por ejemplo el de estabilidad en el empleo– puede acogerse con mayor o menor vigor por el legislador (e incluso, como ocurre en algunos países, por la Constitución). Más aún, un principio puede ser desatendido por una ley sin que ésta sufra merma en su imperatividad. Cuando, como ocurre en nuestro tiempo, el contrato indefinido se ve desplazado por la contratación temporal, y el principio de estabilidad en el empleo sufre un importante deterioro, tal circunstancia no invalida las leyes o los convenios que promueven la temporalidad e incluso la «precariedad» contractual. En las últimas décadas, incluso, la concepción tradicional del Derecho del Trabajo como ordenamiento protector de los trabajadores se ha revisado para dar entrada a otro importante principio: el de la conservación de la empresa, que se manifiesta en diversas regulaciones (despidos económicos, traslados y otros cambios de condiciones de trabajo, régimen concursal...).

El valor de los principios del Derecho del Trabajo es así relativo. Son lo que las normas legales quieren, y no al revés (las normas no vienen obligadas a ajustarse a los principios). Éstos, en fin, tienen un valor, más que normativo, interpretativo e integrador.

RESUMEN El presente trabajo aborda el tema de los principios, valores y derechos fundamentales inspiradores del Derecho del Trabajo desde un doble punto de vista: en primer lugar, considerando tales valores y principios (y los derechos fundamentales de ellos derivados) en su dimensión supranacional y constitucional, esto es, en tanto aparecen consagrados, con distinto aunque evidente poder normativo, en los grandes textos supranacionales y en la Ley Fundamental; en segundo lugar, procediendo al análisis de dichos principios, valores y derechos desde el punto de vista de los tradicionales «principios generales del Derecho», de eficacia normativa mucho más débil que los constitucionales, así como desde la perspectiva de los específicos principios del Derecho del Trabajo inspiradores de las particularidades de este sector del Ordenamiento jurídico.

ABSTRACT This paper tackles the principles, values and fundamental rights that inspire Labour Law from a double perspective. Firstly, by considering those values and principles (and the fundamental rights from them derived) in their supranational and constitutional dimension, that is to say, insofar as they are enshrined –differently although with evident legislative power– by the great supranational texts and by the Fundamental Law. Secondly, by analysing those principles, values and rights from the point of view of traditional «Law's general principles», whose legislative efficiency is much weaker than that of the constitutional ones, and also, from the perspective of the specific principles of Labour Law that inspire the particularities of this part of the legal system.

Los principios de aplicación del proceso de trabajo

JOSÉ MARÍA MARÍN CORREA*

1. BREVE REFLEXION INTRODUCTORIA

Es una obviedad inevitable la forzosa invocación de la Ley de Procedimiento Laboral (Texto Articulado aprobado por el Real Decreto legislativo núm. 2 de 1995, de 7 de Abril, desde ahora LPL) como instrumento en manos de los órganos judiciales del Orden Social de la Jurisdicción, para la aplicación del ordenamiento jurídico social español.

Pues bien, esa aplicación está regida por unos principios, y los más relevantes de esos principios aparecen enunciados por el citado texto procesal, y proyectados en numerosos de sus preceptos. La exposición de los principios y de su proyección normativa será el objeto de este trabajo.

«Principios» tiene el significado, según el Diccionario, de «razón fundamental sobre la cual se discurre», y que es la expresión con que la Ley orienta la actividad procesal del Juez de lo Social y «característicos», asume el sentido de cualidades u orientaciones, si no identificadoras, sí que marcan distinción,

* Magistrado (j) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

con otros semejantes. El maestro Alonso Olea utiliza, seguramente con más acierto que la Ley y que yo, el sustantivo en lugar del adjetivo, y nos habla de los «caracteres generales» del procedimiento laboral¹.

Montero Aroca, tras distinguir entre los principios del proceso y los del procedimiento, entiende que son éstos precisamente los que diferencian al procedimiento laboral del procedimiento civil, porque «*lo diferente es la forma*»², si bien simplifica la diferenciación haciéndola consistir en la «escritura», como propia del procedimiento civil, desde Las Partidas, y la «oralidad», como propia del procedimiento laboral. Y es a partir de la oralidad de donde se derivan los complementarios de concentración, intermediación y celeridad.

Los Jueces están más sometidos al imperio de la Ley, porque lo está, de manera definitiva, su actividad propia. Por eso hay que partir del art. 74 que responde a algo que pudo leerse en la Ley de Bases, 7/1989, de 12 de

¹ ALONSO OLEA, MANUEL y ALONSO GARCÍA, ROSA M^ª: «Derecho Procesal del Trabajo», 15^a edición revisada, (pág. 138).

² MONTERO AROCA, JUAN, y otros: «Comentarios a la Ley de procedimiento laboral», T. I. págs. 493 y ss.

Abril, que en su Exposición de Motivos se refiere a estos Principios como los «*inspiradores del proceso ordinario*»; pero, después, en su Base Decimosexta, los enuncia como «*principios del proceso*».

Por tanto, el legislador manifiesta haber ordenado un procedimiento bajo los conocidos Principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. Y, al redactar el núm. 1 de la mencionada Base en términos literales dice que: «*Se regulará un proceso común, inspirado, en todo caso, en los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad*», lo que significa que ordena al legislador delegado que establezca un proceso regido por tales Principios. Y, finalmente, impone a quienes hayan de aplicar tales preceptos que tengan por guía en esa aplicación los reiterados Principios, mandato más acusado cuando se trate de actuar los artículos del texto refundido, que vengan a ser cumplimiento directo de aquel propósito.

El art. 74 dice textualmente: «*Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad*». Para inmediatamente extender la prevención a «*las modalidades procesales reguladas en la presente Ley*», o sea que también a los antes conocidos como procedimientos especiales. Y, por otra parte, acierta la aludida doctrina científica al señalar que hay Principios procesales, comunes a todos los procedimientos. O sea principios que no diferencian al procedimiento laboral del procedimiento civil o del penal o del contencioso-administrativo; pero que rigen también en el procedimiento laboral. Diría más, que no se contienen en la LPL, o que no se contienen originariamente en la LPL, pero que rigen también al procedimiento laboral, desde la Constitución y/o desde la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Digo del procedimiento, con lo que obvio, por ejemplo, el «*in dubio pro operario*», tan

laboral, pero que, de siempre se ha referido a la actividad de interpretación del texto legal sustantivo, y no a la valoración de la prueba procesal.

Y, antes de entrar en el tema concreto aquí tratado debe tenerse en cuenta que estos Principios no son excluyentes de aquellos otros, antes aludidos, de más general aplicación. Por ejemplo el Principio constitucional de igualdad aparece respetado exquisitamente en el ordenamiento del procedimiento laboral, como se comprueba sin más que tener en cuenta las reglas del art. 21 LPL para evitar que el empresario demandado acuda al juicio asistido de Letrado, mientras que el trabajador (parte teóricamente pobre) carezca de esa asistencia.

Sobre esta medida me permito hacer una breve digresión atisbando el futuro para cuando entre en vigor la Ley 13/2009, porque en este texto legal, como es sabido, se asume la llamada «*asistencia técnica*» del Graduado Social, para formalizar el Recurso de Suplicación, en concurrencia con los Abogados. Quiere ello decir que la «*asistencia técnica*» es una especie de «*plus*» procesal, de que deben gozar en igualdad de condiciones todos los litigantes, y no sólo alguno de ellos, en concreto el empresario, si no la recibe también el trabajador.

Porque, además, la nueva ley introduce otra modificación, a saber que, para ejercer la llamada representación en juicio, no será precisa la colegiación (lo que parece natural, puesto que esa función meramente representativa la puede desarrollar «*cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*», según el art. 18 LPL)³; mientras que, como se ha dicho arriba, la colegiación del Graduado Social será precisa

³ Véase en «*Actualidad Laboral*», núm. 4 de 2010, el trabajo de JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA sobre la incidencia de la Ley 13/2009 en el procedimiento laboral, y en concreto, pág. 385).

para prestar la «asistencia técnica» en el Recurso de Suplicación⁴.

Ello parece establecer una diferencia entre la función del Graduado Social, que actúe como simple representante de la parte, y la del Graduado Social que aporte, además, su «asistencia técnica». Distinción que será muy difícil identificar en las actuaciones concretas del Graduado Social en la fase de instancia del procedimiento laboral, puesto que será prácticamente imposible determinar cuándo se limita a representar y cuando está aportando el ejercicio de su profesión.

Al ser esto así y, dado que el Graduado Social puede formalizar el Recurso de Suplicación lo mismo que un Abogado, con mayor razón debe estar equiparado al Letrado en la asistencia profesional durante la fase de instancia, («quien puede lo más, puede lo menos»), por lo que se rompe la equiparación empresa con Abogado, trabajador con Abogado; empresa con Procurador, trabajador con Procurador; empresa con Graduado Social, trabajador con Graduado Social, para entender que el principio de igualdad queda salvado si cada parte cuenta con una de cualquiera de estas «asistencias» profesionales. Con la dificultad añadida por el silencio que la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita guarda respecto de los Graduados Sociales, cuya designación «de oficio» no aparece entre los posibles beneficios del «pobre procesal». Este silencio puede ser la causa de que no todos los Colegios de Graduados Sociales tenga establecido el llamado «turno de oficio»⁵, existente en los Colegios de Abogados.

Y, finalmente, el recurrente en Suplicación «pobre», ¿Podrá elegir entre que se le

proporcione Abogado «de oficio» o Graduado Social «de oficio»? ¿Suspenderá el plazo de formalización la solicitud de Graduado Social «de oficio»?

Queden estas cuestiones para un futuro muy próximo.

Otro ejemplo de respeto al principio de igualdad aparece en la necesidad de anunciar en el intento de avenencia el futuro uso de la reconvencción (art. 85.2 LPL) que viene a someter al mismo «preaviso» que establece para el demandante directo a quien pretenda serlo mediante el uso de la reconvencción.

2. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

2.1. Inmediación

El término «inmediación», según el Diccionario equivale a cercano, próximo, o bien a sin dilación. «De inmediato», es lo que sucede, enseguida, inmediatamente, lo que es una idea de celeridad. Lo inmediato, en sentido local o geográfico, es lo próximo o afín.

En realidad, en nuestro procedimiento podríamos interpretarlo tomando de una parte la partícula negativa «in», y el sustantivo «mediación», que equivaldría a que no hubiera una tercera cosa entre otras. Entre el órgano judicial y las partes, no debe haber nadie físicamente, ni tampoco espacio temporal, el órgano judicial debe conocer del pleito y decidirlo, él sólo y de manera inmediata. En cada fase de conocimiento no puede intervenir órgano judicial diferente de quien tiene que decidir.

Aunque doctrinalmente haya podido defenderse que lo esencial es la inmediación (o inmediatividad, en el sentir de Montero Aroca)⁶ lo ideal es que el Principio se cumpla o respete a todo lo largo de cada fase procesal.

⁴ No cabe desconocer que el art. 545.3 de la LOP-JU prevé que, en los procedimientos laborales y de la seguridad social, la representación técnica pueda ser ejercida por un graduado social «colegiado».

⁵ Información recibida oralmente del Consejo General de Colegios de Graduados Sociales el día 5 de Marzo de 2010).

⁶ Ibidem, pág. 495.

Así está previsto en el artículo 98.1 de la LPL para el Juez, o sea para el órgano unipersonal, según un precepto ya tradicional en el ordenamiento del procedimiento laboral: El Juez, que ha presidido la celebración del intento de avenencia, donde tan de cerca ha conocido las respectivas actitudes de cada uno de los litigantes, y que ha dirigido todo el desarrollo de la vista oral, que, incluso, de acuerdo con el art. 97.5 ha podido pedir a las partes que le aclaren cuestiones de cualquier género, objeto del debate; y que ha podido acordar y practicar diligencias para mejor proveer, ese, y sólo ese, Juez ha de dictar la Sentencia.

Cuando suceda que, durante el plazo para dictar Sentencia, el Juez cese en el desempeño de ese Juzgado, si sigue ejerciendo Jurisdicción, deberá dictar la Sentencia, cualquiera que sea el puesto en que se encuentre destinado. Si ha perdido el ejercicio de la Jurisdicción podrá (y deberá salvo que concurra causa inhabilitante) serle conferida por el Consejo General del Poder Judicial; y, si hubiera fallecido o concurriera causa inhabilitante, otro Juez dictará la Sentencia, pero otro Juez que haya celebrado nuevo juicio, y haya tenido esos mismos contactos «sin mediación», con los litigantes.

El uso judicial era que el titular del órgano solicitara del Consejo General del Poder Judicial que le fuera prorrogada la jurisdicción a quien debía poner la Sentencia. Actualmente, el Consejo sigue el criterio de que, quien ejerce jurisdicción, está habilitado, en virtud de este precepto, para dictar tal Sentencia, sin necesidad de ningún otro requisito.

En cuanto al órgano colegiado de instancia (Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional), la LPL se remite a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, curiosamente, no contiene un precepto de análogo contenido al mencionado art. 98 LPL; pero cuyos arts. 253 a 258, y, sobre todo el art. 262 que impone la celebración

de nueva vista si no puede formarse una Sala con los Magistrados que la formaron al celebrarse la que hubiera tenido lugar, o la votación sustitutoria, viene a suplir el posible silencio. Las disposiciones sobre que se delibere inmediatamente de terminada la vista oral o cuando se señale, sobre que formen la Sala los mismos Magistrados, y que, si alguno se indispone, vote y no firme, etc. etc. claramente aplican el Principio de inmediación también a los órganos colegiados; y no solamente en el procedimiento laboral.

De esta aplicación a la Sala se hace eco la STS de 10 de Junio de 1996, (Ar. 1996\5006) que anuló la dictada por el órgano colegiado de instancia porque el Ponente no formó Sala durante la celebración de la vista oral, y, sin embargo, no fue sustituido en la deliberación ni en las tareas de Ponente, con lo que, aunque se formó una mayoría en el voto (no constaba discrepancia alguna) faltó la inmediación y la Sentencia incidió en causa de nulidad.

La parte que soporte una tal actuación judicial, si es perjudicada por el fallo, tendrá a su favor el incidente de nulidad de los arts. 240 de la LOPJ y 228 de la LEC, que, sin duda prosperará habida cuenta de la grave infracción procesal en que ha incurrido el tribunal.

2.2. Oralidad

En todo procedimiento judicial hay actuaciones escritas y hay actuaciones orales. El Principio no es absoluto, ni excluyente. La oralidad no puede ser contrapuesta a la escritura sino por un criterio de preponderancia, casi cuantitativa, y no cualitativa. Porque, si se intentara calificar de oral o de escrito un procedimiento, en atención al medio material de ejercicio de la pretensión, y, esencialmente de aportación de los hechos al proceso por quien ejercita la pretensión, difícilmente podría pensarse en un procedimiento oral. Aunque la demanda se formule por

escrito –y así lo establezca la Ley– cabe que el procedimiento esté regido por el Principio de oralidad, si en el itinerario procesal subsiguiente predomina la oralidad, y se exige este cauce de expresión.

Pues bien, en nuestro procedimiento laboral aparece: a) La ratificación de la demanda es oral; si bien la modificación de la demanda vedada por la Ley se refiere a los hechos, no a los fundamentos jurídicos, que son innecesarios en el escrito rector, y, por tanto, si de tales hechos se deriva, por ejemplo, la prescripción de las faltas sancionadas e impugnadas en el procedimiento, la alegación de la prescripción de las faltas no constituye variación sustancial de la demanda, ni cuestión nueva procesal. (*Vid.* STS 26 de Noviembre de 1996 RJ 1996\8745).

La contestación, con la admisión o negación expresa de los actos constitutivos del fundamento fáctico de la pretensión, es oral, la oposición a la demanda y formulación de excepciones, son orales. El Tribunal Central de Trabajo anuló actuaciones por haberse incorporado a los autos, con mención en el acta del juicio, escritos de «instructa», con la contestación a la demanda.

Oral es la contestación del demandante a las excepciones y, en su caso, a la reconvencción. De forma oral se proponen las pruebas, y en su práctica no hay ni posiciones para la confesión (art. 91), ni pliegos de preguntas y de repreguntas a los testigos (art. 92), y así debe entenderse en cuanto a las cuestiones sometidas a dictamen pericial.

Orales los acuerdos que puedan ser adoptados por el órgano judicial para dirigir el acto de la vista y para ejercer la policía de estrados (art. 49.2). Y entre sus facultades aparece (art. 85.3) la facultad del Juez para conferir el uso de la palabra a las partes cuantas veces lo estime necesario.

Oralmente han de formularse por las partes sus respectivas conclusiones, (art. 87

LPL) y, en determinados supuestos, el Juez puede dictar la Sentencia en forma oral, o al menos expresar así el fallo, a reserva de documentar sus fundamentos (art. 50).

Que de todo ello haya de extenderse el oportuno acta –y actualmente se lleve a cabo una grabación discográfica– no empece a la oralidad, que asimismo se refleja en el contenido legalmente fijado para este acta, realmente esquemático, si se lee con atención el art. 89 de la LPL, que lo regula; e igualmente el procedimiento para subsanar posibles defectos u omisiones, a que se refiere el núm. 2 de este precepto.

La posibilidad de sustituir el acta escrita por medios mecánicos de reproducción del juicio (núm. 3 de este artículo 89 LPL) evidencia que el legislador opta decididamente porque se escriba lo menos posible.

2.3. Concentración

Parece que la inmediatez, en su propósito de que el Juez asuma el resultado de la actividad procesal de las partes, tanto en la exposición de sus respectivas alegaciones como en su actividad probatoria, precisa que se produzca la «concentración». Incluso la oralidad y la «buena fe procesal», quedan a salvo de posibles tergiversaciones, de imposible utilización, si el juicio se concluye, como se deduce de la redacción literal de los artículos 88 a 95 de la LPL, en un sólo acto. No cabe otra valoración de la necesidad de que las pruebas «puedan practicarse en el acto» (art. 87). Igual significado tiene que el procedimiento no se suspenda porque se siga causa criminal por los mismos hechos (art. 86.1), y que, cuando se impute un delito de falsedad, en el propio juicio, la celebración del acto continúa hasta la conclusión, sin perjuicio de la posterior suspensión del trámite, en su caso. Pero el juicio no se suspende (art. 86.2).

A todo ello no puede oponerse la facultad judicial de acordar la práctica de diligencias

para mejor proveer, o de oír a expertos o a quienes por razón de su intervención, son conocedores de la voluntad plasmada en un convenio colectivo. Es obvio que prevalece aquí el propósito de impartir recta Justicia, sobre el rígido respeto a los Principios, que, en definitiva, no son sino instrumentos de esa recta Justicia.

2.4. Celeridad

Corresponde ahora tratar del principio de celeridad, que viene a responder al conocido aforismo, conforme al cual una Justicia lenta y excesivamente demorada, deja de ser Justicia⁷.

Sin demagogia alguna, los órganos del Orden Social de la Jurisdicción, quienes con ellos colaboran y quienes a ellos se acercan, saben muy bien que, en un altísimo porcentaje, las pretensiones ejercitadas están referidas a cuestiones urgentes, cuya resolución puede resultar decisiva para atender a necesidades vitales primarias. La regulación tan específica y exhaustiva de la ejecución provisional de la Sentencia favorable al trabajador, o la eficacia inmediata del fallo que reconoce prestaciones en materia de Seguridad Social, avanzan el criterio que rige la fase declarativa del procedimiento.

Son múltiples los preceptos de la Ley procesal que atienden a la eficacia de este principio, último de los cuatro enunciados en el artículo 74 de la LPL. Como primicia genérica y ejemplar, el art. 43.3 de la LPL dice textualmente: *«Salvo los plazos señalados para dictar resolución judicial, todos los plazos y términos son perentorios e improrrogables, y sólo podrán suspenderse y abrirse de nuevo en los casos taxativamente establecidos en las leyes»*.

⁷ El Tribunal Constitucional llegó a declarar que una Justicia tardía no cumplía el deber constitucional de proporcionar «tutela judicial efectiva» (Vid. STC de 13 de Abril de 1983).

De ahí la importancia que tiene el respeto a los plazos procesales, de los que puede depender la eficacia de una actuación y el éxito de una pretensión. De ahí, también, la flexibilidad legal para aprovechar las veinticuatro horas del último día de un plazo, mediante la utilización del registro del órgano judicial permanente (el Juzgado de Guardia), a que se refiere el 45, con la especial atención a la situación insular. Pero, también, con la carga de informar al órgano judicial de que se ha utilizado este cauce, a fin de que no tenga por decaído el trámite, cuando la parte no omitió su actividad procesal.

La calificación como urgentes de determinadas modalidades procesales, y alguna concreta lo es como preferente, con la repercusión sobre la inhabilidad del mes de Agosto, (art. 43.4 LPL) son muestras del Principio de celeridad.

Asimismo la brevedad de muchos términos judiciales, y otras medidas procesales, como las siguientes, propias de este principio, y atinentes también al de economía procesal:

Las previsiones sobre las posibles acumulaciones y sus efectos, contenidas en los artículos 27 (acciones), 29 (autos), 33 (recursos) y 36 (ejecuciones).

La necesidad de fijar en el suplico de condena en los términos adecuados a la pretensión (art. 80.1.d).

El importantísimo conjunto de medidas simplificadoras hasta el extremo del contenido del juicio oral consistente en: a) Exigir al escrito de demanda: *«La enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que verse la pretensión y de todos aquellos (hechos) que, según la legislación sustantiva, resulten imprescindibles para resolver las cuestiones planteadas»*; (art. 80.1.c); b) La prevención de que el demandado, al contestar a la demanda lo hará: *«afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda»* (art.

85.2), de lo que surgen los denominados «hechos conformes», sobre los que la prueba no sólo no es necesaria, sino que deberá ser declarada impertinente por el órgano judicial, puesto que el art. 87.1 dice que se admitan las pruebas que puedan practicarse en el acto, «*respecto de los hechos sobre los que no hubiese conformidad*». Luego, «a contrario sensu», sobre los que hubiere conformidad, no debe practicarse prueba.

Traigo a colación dos Sentencias del Tribunal Supremo muy significativas sobre los «hechos conformes». En la primera de ellas, (S. de 10 de Mayo de 1991; Ar 1991\3797) se rechaza la posible estimación de un motivo de error de hecho, referido al que ha resultado conforme, que la Sala como que excluye de la discordia procesal.

En la segunda Sentencia, que es de 16 de Enero de 1990, (Ar. 1990\129) se llega a más, aunque debe señalarse que el Tribunal Supremo manifiesta su propósito de obviar la nulidad de las actuaciones (lo que también es asumir el principio de celeridad). Un hecho, tan transcendental como la condición de representante unitario de los trabajadores de quien actuaba por despido, es silenciado en el relato de hechos probados. El Ministerio Fiscal no tacha esta omisión como error de hecho, sino que pide la nulidad de la Sentencia porque omite una realidad exigida al relato de probados por el art. 104.c) del Texto procesal, entonces vigente (hoy art. 105.c); y, además, alega que tal hecho, expuesto en la demanda, no ha sido negado por el demandado. Pues bien, la Sala declara que la naturaleza de «hecho conforme», hace innecesaria su constancia expresa en el resultando de probados, sin la cual, un hecho así admitido, puede tenerse por cierto en el momento de la decisión judicial.

Esta doctrina sugiere la cuestión de la posible indefensión de la parte si, en la Sentencia, se silencian o desconocen los «hechos conformes», privados de prueba, por lo que no habrá posibilidad de desarrollar un moti-

vo de error de hecho en un posible recurso contra dicha Sentencia, ya que no habrá «documental» o «pericial» que acredite el error.

La defensa podría articularse mediante la denuncia de la infracción procesal consistente en no tener por ciertos los hechos «conformes».

En cualquier caso la parte deberá poner especial atención para que en el acta del juicio —o en la grabación audiovisual— conste de manera clara la conformidad de la contraparte con tales hechos.

Igualmente coopera a la celeridad, el mandato del art. 99 al órgano judicial para que si hace un pronunciamiento condenatorio al pago de cantidad la determine en el fallo «*expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución*», dando por sabido el concepto de cantidad líquida expuesto en el art. 921, párrafo segundo de la supletoria Ley de enjuiciamiento civil.

Aunque es tratado también como principio informador del procedimiento laboral el de «instancia única», al no estar mencionado expresamente en el art. 74 de la LPL, puede incluirse como uno de los instrumentos de la celeridad procesal. La instancia es única, y en algunos casos, plenamente única cuando la Sentencia del órgano de instancia no es susceptible de recurso. Pero es única porque no hay apelación, sino que la Ley únicamente ha establecido recursos de los que conocemos con el calificativo de extraordinarios. Extraordinarios, como sabemos, porque están tasadas las resoluciones susceptibles de recurso ante otro órgano superior, y porque están tasados legalmente los motivos para recurrir. (arts. 191; 205; y 217 de la LPL).

Es cierto que se cuestiona si la introducción de la Casación para Unificación de Doctrina, al tener por objeto la Sentencia recaída en un recurso extraordinario, no ha convertido a la Suplicación en una segunda instancia.

Entiendo que en la técnica procesal, la multiplicidad de grados sucesivos, no equivale a multiplicidad de instancias. Son, conjuntamente, el supuesto legal en que el recurso es concedido, y el contenido legalmente permitido para su formalización y su suplico, las circunstancias que llevarán a distinguir entre instancia y recurso extraordinario. Los límites legales a la procedencia del Recurso de Suplicación, y la tasa legal de los motivos para recurrir, del citado art. 191 de la LPL, impiden que se pueda aplicar a este recurso el concepto de segunda instancia procesal.

La celeridad en la ejecución, ha sido un propósito del legislador procesal de trabajo, acorde con la naturaleza de «vitales» de las cuestiones aquí dilucidadas.

En relación con la celeridad de la ejecución, ha sido pionero el procedimiento laboral en algunas medidas singulares, que después van siendo asumidas por los demás ordenamientos procesales: El art. 285 de la LPL, facultando al Juez para identificar y decidir quien sea el «*Organo administrativo*

y funcionarios que han de responsabilizarse de realizar las actuaciones», y, al mismo tiempo señalará el «*plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran*», ha sido un instrumento legal muy eficaz en orden a conseguir alcanzar el sometimiento a las Sentencias judiciales y la obligación de su cumplimiento, proclamado en el art. 118 de la Constitución, lo que no era siempre fácil cuando el pronunciamiento condenatorio recaía en una Administración Pública, con el consiguiente anonimato del responsable del incumplimiento.

Y a este propósito de celeridad deben ser referidas la posibilidad de ejecución parcial del fallo en el pronunciamiento no recurrido (art. 240 LPL) y muy especialmente las ejecuciones provisionales de las sentencias recurridas, con el devengo de salarios por parte del trabajador cuyo despido es reprochado en la instancia, si procede la readmisión, y tanto si el empresario acepta sus servicios, como si renuncia a ellos, en el lapso de resolución del recurso. (arts. 295 y sgtes LPL).

RESUMEN La aplicación judicial del Derecho Social está regida por los llamados principios informadores del procedimiento laboral, enunciados en el art. 74.1 de la LPL. Junto a ellos se encuentran otros que también se proyectan sobre el procedimiento laboral, especialmente el de igualdad, que es Principio constitucional y sobre el que en este trabajo se hace una digresión a propósito de la nueva ley 13/2009.

Los enunciados en el precepto arriba citado, a saber inmediación, oralidad, concentración y celeridad, son objeto del presente trabajo, con mención de sus reflejos normativos y cita de pronunciamientos judiciales que los ilustran.

ABSTRACT The judicial enforcement of Social Law is governed by the so-called informative principles of labour procedure, stated in article 74.1 of the Labour Procedure Act. Together with those principles, there are also others affecting the labour procedure, specifically that of equality, a constitutional principle, which this paper discusses in relation with the new 13/2009 Act.

This paper analyses the postulations in the precept referred to above –immediacy, orality, concentration and celerity–, mentioning their legal mirroring as well as the judicial statements that illustrate them.

La aplicación del convenio colectivo

FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO*

1. PLANTEAMIENTO

Subrayar que toda norma jurídica nace para ser aplicada a la realidad social que ha tomado como objeto de su regulación es hacerlo con una idea tan obvia que no necesita ser explicada ni desarrollada de una manera especial. Baste indicar ahora que por tal operación de aplicación debe entenderse el conjunto de actos que han de llevarse a cabo para ajustar esa realidad social a las previsiones contenidas en la norma, de manera que esta última quede conectada con aquélla y, en consecuencia, conformada con lo ordenado a través de sus reglas¹.

No posee sin embargo el término un sentido simple ni tampoco unívoco; por el contrario, ofrece un contenido plural, integrado por una serie de actividades que, aunque debidamente articuladas entre sí para su mejor funcionamiento, son diferentes, pudiendo atribuirse además a cada una un objetivo propio dentro del común a todas ellas. La labor de correcta identificación del concepto de la actividad de aplicación se complica de otro lado porque en su entorno se sitúan otras activida-

des próximas, incluso coincidentes en parte con ella (vigencia, eficacia, interpretación, entrada en vigor, por ejemplo); términos para los que no suele existir una delimitación legal al ser en una buena parte de elaboración doctrinal y que son entendidos y utilizados con frecuencia aplicándoles significación diversa.

Si del plano general de la aplicación de la norma jurídica se pasa a la del convenio colectivo en particular, es posible comprobar que entre una y otra existen coincidencias evidentes, como también se dan diferencias, no menos claras. No es necesario detenerse en el hecho de que estas últimas nacen del distinto origen de las normas legales y del convenio colectivo, separación que, como se ha de comprobar, se proyecta más allá de su proceso de creación para manifestarse a la hora de su efectiva aplicación. Identificar cuáles sean aquéllas coincidencias y diferencias y comprobar si son esenciales o sólo de matiz, con la atención centrada en la peculiaridad de la norma paccionada, es el propósito de este trabajo.

Para el convenio colectivo, el proceso de aplicación comienza lógicamente cuando el acuerdo ha sido firmado y se inicia su vigencia. Quedan atrás por lo tanto y fuera de consideración en este momento varias cuestiones. Entre ellas y como más importantes: la elección de la unidad de negociación de que se trate; la legitimación de los sujetos negocia-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

¹ En este sentido, A. GULLÓN BALLESTEROS, «Aplicación de las normas jurídicas», en *Comentario del Código Civil* (coord. I. Sierra Gil de la Cuesta), Ed. Bosch, Barcelona 2006, tomo 1, páginas 93 ss.

dores; el proceso de la negociación propiamente dicha con todas sus posibles incidencias, incluida la conflictividad surgida de tal proceso; y, en fin, lo que se comprende bajo la denominación de «tramitación» del convenio. Todo ello, de acuerdo con las previsiones contenidas en el ET. Con esto no se quiere decir ni mucho menos que la manera de resolver tales cuestiones sea indiferente al proceso de aplicación. En realidad, toda la regulación de la negociación y por consiguiente, su cumplimiento en la práctica están dirigidos a que su resultado como acuerdo se aplique: que los negociadores se atengan de manera rigurosa a las prescripciones legales sobre legitimación y sobre la negociación es desde el punto de vista que ahora interesa una condición indispensable para que el pacto nazca a la vida jurídica de manera adecuada. En otros términos, negociación y convenio forman parte de un sistema en el que todos sus elementos muestran un cierto grado de interdependencia; para ilustrarlo con un ejemplo de la máxima claridad: si los sujetos que lo han negociado carecen en absoluto de la legitimación exigida por la ley, el resultado no podrá ser un convenio de los regulados por ella ni encontrará en consecuencia el tipo de aplicación que ésta prevé.

En efecto, este conjunto de cuestiones no es sólo previo en el tiempo al momento de la aplicación sino, además, aquéllas han de quedar fijadas o resueltas correctamente para que el convenio se aplique a la realidad de acuerdo con las previsiones legales: quién tiene facultad de negociación, para qué conjunto específico de relaciones de trabajo, cómo ha sido el proceso de la negociación, cuál es el texto auténtico acordado, cuáles son los controles para la comprobación de su legalidad y si se han puesto en práctica los medios regulados para su conocimiento por los interesados y otras personas. Sólo a partir del momento en que estos puntos han sido cumplidos y superados se puede contar con un convenio colectivo en el sentido pleno de la expresión, dispuesto a ser aplicado en todos

sus términos. Ocurre sin embargo que estas condiciones para la legalidad del convenio que va a nacer, aunque se encuentran relacionadas de forma directa con la fase de aplicación, no forman parte en sentido estricto de su contenido.

Sobre la base de estas consideraciones generales, la exposición que sigue se estructura en varios apartados. Consistirá el primero en identificar las normas legales que puedan referirse a esta actividad de aplicación, con el propósito de conocer si la ley ha procedido a dotarla de un régimen jurídico completo y coherente. Seguirá a esto la consideración de determinados aspectos del convenio colectivo que, si bien no constitutivos de una actividad de aplicación en sentido estricto, son elementos que actúan como otros tantos presupuestos de su efectiva realización: en otros términos, se encuentran relacionados directamente con ella, la hacen posible en los mejores términos e incluso llegan a ser indispensables para tal finalidad; como tales presupuestos, se trata de cuestiones que deben ser fijadas y resueltas con carácter previo al proceso de aplicación. Se entrará a continuación en el examen de los elementos que sí forman parte de la aplicación propiamente dicha esto es, se trata de dilucidar cuáles sean las operaciones que se dirigen a conformar la realidad de acuerdo con el contenido del convenio. Se añadirá en tercer lugar el comentario de otras cuestiones relacionadas con la vida de la norma paccionada que contienen elementos propios de su aplicación; o, en otras palabras, se trata de situaciones en las que se plantean aspectos especiales de aplicación, próximos pero diferentes de los generales.

Debe advertirse que el análisis que sigue se refiere en exclusiva a los convenios colectivos estatutarios, con mucho los más frecuentes en el sistema español. Los denominados extraestatutarios, que pueden plantear otras cuestiones adicionales, quedan por tanto fuera de consideración.

En aquellos puntos en que sea conveniente, se tratará de ilustrar esa regulación con algunos ejemplos tomados de la negociación colectiva actual, lo que permitirá comprobar hasta qué punto y en qué términos los convenios están respondiendo a las previsiones legales.

El examen del régimen jurídico de aquellos tres grupos de componentes, ligados de una u otra forma a la fase de aplicación y también en cierta medida relacionados entre sí, permitirá en último término completar esta visión dinámica del convenio colectivo, referida a la «fuerza vinculante» que la ley debe garantizar según la previsión del artículo 37.1 de la Constitución.

2. NORMAS LEGALES EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL CONVENIO

En el artículo 3 del Código civil, ubicado bajo el título de «aplicación de las normas jurídicas», no se comprende la totalidad de los actos y técnicas que en un sentido amplio pudieran encuadrarse en este último término, sino en exclusiva la específica de su interpretación, esto es, la determinación del significado o del sentido preciso de lo que aquella norma dispone. Actividad sin duda entre las más importantes de esta fase aplicativa de la norma pero que no la agota ni mucho menos, puesto que a ella deben añadirse otras de distinto contenido y con diferentes efectos para formar un conjunto más complejo.

En las normas laborales reguladoras del convenio colectivo, en especial las contenidas en el Título III del ET, se utiliza en más de una ocasión la expresión «aplicación», aunque en ninguno de tales preceptos se contiene delimitación ni descripción alguna de tal actividad. Muy al contrario, se trata de aspectos o cuestiones concretas referidos a ella, que dan por supuesto el concepto que la ley no facilita. Así ocurre con la expresión «ámbito de aplicación» contenida en el artículo 82.3 al

precisarse que el convenio obliga a todos los trabajadores y empresarios incluidos en él; también en el artículo 83.1 al facultar a las partes negociadoras a acordarlo libremente. En una materia mucho más concreta, el artículo 85.3.c) señala a estas mismas partes la facultad de establecer las «condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial» que el convenio establezca.

El artículo 91 por otra parte, relacionado de una forma más directa con la materia que interesa, ordena que «con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, del conocimiento y aplicación de los conflictos derivados de la interpretación y aplicación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente.» No se encuentra redactado el precepto de una forma especialmente lograda, sobre todo en lo que respecta a la articulación entre la función que se atribuya a los órganos paritarios de aplicación previstos en el artículo 85 y la que corresponde a los órganos judiciales. En su momento habrá que volverse sobre esta cuestión, sin duda de la mayor importancia.

Fuera del Título III y en un planteamiento más general, el artículo 3 ET resuelve cuestiones que se pueden suscitar por la pluralidad de normas reguladoras de lo laboral de distinto origen: aplicación de las normas legales y reglamentarias con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa (num. 2); los conflictos originados por los preceptos de dos o más normas, tanto estatales como pactadas, que 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 (num. 3); usos y costumbres que se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa (num.4).

Este breve recorrido por los preceptos referidos a la aplicación de las normas laborales

permite comprobar que la ley carece de un plan sistemático sobre la actividad de aplicación del convenio; no es ni mucho menos un tratamiento completo de esta fase de la vida de la norma pactada, al quedar fuera de su consideración, en todo o en parte, aspectos importantes de su régimen jurídico como podrían ser, entre otros, sus presupuestos, elementos, sujetos, contenido o efectos. Las cuestiones concretas que esos preceptos apuntan o resuelven quedan referidas a puntos muy aislados de lo que puede suponer la conformación de la realidad de las relaciones de trabajo a partir del contenido del convenio.

Pero de esta insuficiente regulación expresa no debe concluirse que el ET carezca de otros elementos que permitan obtener una ordenación de mayor densidad, de la que puede obtenerse un sistema más completo. Tales elementos deben ser encontrados en otros preceptos de la ley, dispersos en su mayor parte en su texto, aunque en ellos no se utilicen expresamente los términos «aplicar», «aplicación» o sus sinónimos. La construcción que en este trabajo se intenta se va a realizar precisamente y en su mayor parte sobre la base de esos datos, contruidos contando con un denominador común que les da coherencia y permite obtener una teoría jurídico-legal del convenio colectivo en su fase aplicativa.

3. PRESUPUESTOS DE LA ACTIVIDAD DE APLICACIÓN

Se ha advertido ya que en el proceso de aplicación del convenio se pueden identificar ciertos elementos que, si bien no forman parte de su contenido estricto, son necesarios para su más correcta realización. Dos de ellos son con seguridad los más importantes en ese objetivo: la determinación de los diferentes componentes de la vigencia efectiva del convenio y la relación y necesaria articulación de este último con la norma legal junto a la que coexiste en la finalidad de regulación de la materia laboral. Es cierto que en estas dos

materias se contienen otros elementos que no se relacionan de forma tan directa con la aplicación del acuerdo, pero los que sí lo hacen son sustanciales.

3.1. La determinación de la vigencia del convenio

Tarea previa a la actividad propiamente dicha de aplicación, que debe contribuir al principio de seguridad jurídica que ha de presidirla, es la de fijar en los términos más precisos los distintos componentes de su vigencia. Actividad necesaria respecto de cualquier norma jurídica, lo es en especial respecto del convenio colectivo.

En efecto, éste aparece insertado en una verdadera red de otros acuerdos de la misma naturaleza, cada uno de ellos dirigido a regular una parcela determinada de la realidad laboral: por lo general, una empresa o un sector de actividad, referidos a ámbitos territoriales diferenciados; ámbitos que coexisten y cuya delimitación debe ser perfilada con toda claridad para que se dirijan en términos inequívocos a regular el propio y se evite al mismo tiempo la interferencia entre ellos. Tal exigencia opera por supuesto también en aquellos casos en que los respectivos ámbitos de aplicación se complementan o articulan entre sí, situación que con seguridad exige solventar algunos puntos específicos. Adicionalmente –y es ésta una razón añadida que viene a reforzar la necesidad de esta determinación– el convenio es normalmente un acuerdo de corta duración, por lo que en particular los momentos de inicio y de finalización de su vigencia deben ser fijados también de una manera que no permita ningún grado de inseguridad.

A este múltiple objetivo responde lo ordenado por el artículo 85.3.b) ET al insertar en lo que denomina el precepto «contenido mínimo» del convenio la expresión de su «ámbito personal, funcional, territorial y temporal». Fácil es de advertir que el cumplimiento por

las partes de esta determinación de los cuatro aspectos de su vigencia constituyen otras tantas condiciones para que se pueda proceder a una aplicación pacífica y segura del conjunto del contenido convencional. Determinación que forma parte del propio texto convenido sobre la base de un amplio margen de libertad reconocido a las partes negociadoras, pero que no funciona igual para los cuatro aspectos mencionados.

Comenzando por el ámbito personal, conviene recordar que el artículo 82.3 ET ordena que «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.» Es, como se sabe, la consagración legal de la denominada «eficacia general», uno de los efectos característicos de los convenios estatutarios. No plantea en la práctica la exigencia de su precisión por parte del artículo 85 ningún problema de especial gravedad; sí se pueden observar algunas variantes que conviene reseñar ahora aunque sea sucintamente.

Así, un número importante de convenios contiene la declaración expresa de esa eficacia respecto de la totalidad de los trabajadores sin ninguna exclusión². A su lado es también frecuente la exclusión del personal de alta dirección en sentido estricto, esto es, el mencionado en el artículo 2.1.a) ET³, acepta-

² Entre otros muchos, art. 3 CC Servicios de campo para actividades de reposición (BOE 27.01.09), art. 3 Exide Technologies, SA (18.02.09), art. 3 Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SA (4.03.09), art. 1.1 Compañía Asturiana de Bebidas Gaseosas, SA (28.03.09), art. 2 Cespa Gestión de Residuos, SA (4.04.09), art. 1 Centorel Galicia, SL (10.04.09), art. 1 Mepaban, SA (5.09.09); el art. 4 Metal (17.03.09) señala: «se excluyen únicamente las actividades, relaciones y prestaciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores « con lo cual, de manera imprecisa, parece referirse a las personas excluidas del ámbito de aplicación de esta Ley y con ello de la legislación laboral.

³ Algunos casos entre otros: art. 3 Consultec (6.01.09), art. 2 Servicios Generales de Gestión, SA

da por la doctrina⁴ y por la jurisprudencia⁵. Otros convenios extienden la exclusión a otros trabajadores con cargos directivos pero que no pertenecen al grupo anterior y a veces lo hacen con cierta amplitud⁶. Se identifican convenios, en fin, en los que las exclusiones parecen ser de otro tipo pero que, al menos para un lector ajeno, no es fácil su interpretación en su pleno sentido⁷.

(10.03.09), aunque añade los incluidos en el art. 1.3. ET, de cuyo fuera de la legislación laboral; art. 3 Disa Corporación Petrolífera, SA (10.03.09).

⁴ Vid. en este sentido M. ALONSO OLEA y M.E. CASAS, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas/Thomson, Madrid 2009, pág. 1052.

⁵ Por ejemplo, TS 16.06.09, en el caso de un convenio que deja fuera de su ámbito de aplicación a los trabajadores de la empresa que pasan a ocupar un puesto directivo, que se regirán por el denominado «Estatuto de Directivos» aprobado por el Consejo de Administración, con condiciones más favorables; con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987 y del propio Tribunal Supremo: «es posible excluir del ámbito de aplicación de un convenio a determinados trabajadores, siempre que los criterios de selección no sean discriminatorios».

⁶ Tal extensión se hace en términos variados, por ejemplo: art. 2 TUV Rheinland Ibérica Inspection (6.01.09): «la Dirección General, los directores y aquellas personas con la que exista un acuerdo escrito de no afectación.»; art. 3 Distribuidores Gas Natural (6.01.09): «los directores, subdirectores y jefes de departamento de la estructura de la empresa.»; art. 3 Comercial Mercedes Benz (6.01.09);; cargos directivos, Jefes de Ventas, Jefes de Departamento, Jefes de Servicio Taller, Servicio Médico de Empresa, Técnicos Superiores de Prevención de Riesgos y Técnicos Superiores.»; art. 3 Cointra Godesia (3.02.09): «Direcciones, Direcciones adjuntas, Jefes de delegación, Jefe Nacional del SAT, Jefes de Ventas, Ejecutivos de Ventas y Jefe Oficina de Atención al Cliente.»; art. 4 Grupo de Empresas Swissport-Menzies (3.02.09); art. 2 Autoban Spain, SA (1.04.09): «Directores, Subdirectores Adjuntos a cualquier Dirección, Jefes de Equipo, Jefes de Departamento y Sección, Encargado de Almacén, Delegados, Supervisores, Secretaria de Dirección General y Comerciales.»; art. 2 Volkswagen Finance, SA (12.08.09): «personal directivo, titulados superiores y asimilados».

⁷ Entre otros casos, Valeo Service España SA (18.02.09): «con exclusión de algunos conceptos específicos del Capítulo VI referidos a conceptos retributivos, que no serán de aplicación a los diversos niveles de

Para el ámbito temporal, el margen de libertad de que disponen las partes negociadoras parece ser el más amplio posible, sin otras limitaciones pensables que las impuestas por la lógica; esto es, no sería fácilmente admisible, por falta de operatividad, una duración tan corta de lo pactado que hiciera imposible o muy difícil una aplicación de la totalidad de su contenido: al menos una parte de este último necesita un período mínimo de tiempo para conseguir su efectiva proyección sobre la realidad a la que se dirige a regular. De ahí que, en la práctica, no se acuerden

de estructura jerárquica en la gestión de cuadros.»; art. 2 Adidas España, SA (4.03.09): se exceptúan «respecto de la subida salarial fija y los conceptos salariales previstos para personal de dentro de convenio, a aquellas personas que tengan incluido en su salario los conceptos de Bonus o comisiones.»; art. 1 Unisys España, SA (11.03.09): «con exclusión del personal de Unisys procedente de otra División o país y asignado temporalmente a la Organización Española»; art. 2 Alstom Transporte (4.04.09): «personal que, pese a estar incluido en el ámbito del Convenio colectivo, con posterioridad a la firma de su contrato de trabajo, reciba y acepte la propuesta por escrito de la empresa que refleje las condiciones concretas de carácter salarial, y las referidas a tiempo de trabajo, así como cualquier otra que le vayan a ser de aplicación y quedando temporalmente excluido del Convenio Colectivo de acuerdo con las condiciones que ambas partes establezcan por escrito»; art. 3 Société Air France (20.05.09): «personal que no tenga un contrato local y los VIE (Voluntario Internacional de Empresa)»; art. 1 Equitación y Caza, SA (10.07.09): «con exclusión de las (actividades) desarrolladas por el grupo profesional de Comercio, que continuará rigiéndose por lo dispuesto en el Convenio colectivo del sector de comercio de aplicación en la provincia donde radique el centro de trabajo, respetando, en todo caso, las mejoras que tuvieran reconocidas a título personal sobre las mismas»; art. 2 Finanzauto, SA (1.09.09): «los trabajadores vinculados a la empresa por cualquier modalidad de contratación para fomentar el empleo, o por alguna otra relación laboral común, les será de aplicación el convenio colectivo en la medida en que el contenido del mismo respete o supla las peculiaridades de su contratación»; art. 2 Siemens, SA (28.10.09): «con la excepción del personal a quien la Empresa ha conferido una categoría de denominación interna, conocida por los interesados»; en estos mismos términos, Nokia Siemens Networks, SL (10.11.09).

convenios de duración inferior al año⁸ y que muchos de ellos la superen hasta el doble, el triple e incluso más⁹. En estos casos se suelen establecer períodos más cortos de actualización o revisión de las retribuciones.

En contraste y aunque para la fijación de los otros tres ámbitos mencionados por el artículo 85 cuentan también las partes con un cierto margen de libertad, es éste mucho más reducido que el aplicable al de naturaleza temporal. Así ocurre con respecto al ámbito funcional, dirigido a determinar la parte material del sistema productivo a la que se aplicará el pacto: habrá de existir una correspondencia entre ese espacio (empresa, sector productivo determinado por ejemplo, en los casos más frecuentes) y la representación que ostentan las partes negociadoras. Opera tal exigencia en un plano muy distinto del correspondiente a la aplicación material del acuerdo colectivo, como es el de la legitimación de los sujetos que negocian, pero conecta con él de manera directa como condición necesaria de su legalidad. La determinación o fijación de este ámbito en el texto convenido no plantea por lo general en la práctica cuestiones de importancia que pudieran hacer surgir problemas a la hora de su aplicación: si es de empresa, basta con su denominación propia; si es de ámbito inferior a ésta, la identificación del centro, los centros o la parte correspondiente; si es de sector, su delimitación lo más precisa posible. En la práctica, sin

⁸ Es un caso muy frecuente. Por ejemplo, entre otros muchos: art. 4 Control y Montajes Industriales (12.10.09), art. 8 Desinfección, Desinsectación y Desratización (28.10.09).

⁹ Tres años: art. 3 Santa Bárbara Sistemas, SA (13.10.09); art. 3 Grupo Tecopy (13.10.09). Cuatro años: art. 1 Comercial Mercedes Benz (6.01.09); art. 3 Aldeas Infantiles (19.02.09); art. 5 Prensa no diaria (24.02.09); art. 1.3 Air Europa (7.03.09); art. 3 Europa Ferrys, SAU (9.03.09); art. 14 I-Vamos, SL (10.04.09). Duraciones más prolongadas son menos frecuentes: cinco años, art. 3 Instituto de la Calidad (6.01.09); art. 3.3 Servicontrol, SL (28.02.09); seis años: art. 3 Centro Cooperativo Farmacéutico (16.05.09); art. 4 Seguros Catalana Occidente, SA (5.10.09).

embargo, dos casos por lo menos pueden comprobarse en los que esta operación sería más delicada. El primero es la de los grupos de empresas, para los que en general se suele incluir la relación completa de éstas¹⁰; el segundo, el de algunos sectores con alguna cuestión de delimitación con respecto a otros próximos¹¹.

Algo similar debe aplicarse a la determinación del ámbito territorial, en correspondencia también necesaria con la representación que los negociadores ostenten, no siendo admisible que aquél exceda de ésta. En este caso, además, es exigible la elección de un ámbito identificable y razonable, con rechazo por tanto de una delimitación caprichosa o confusa que complique innecesariamente la conexión con la realidad regulada. En los casos de convenios de empresa, su mención lleva consigo de manera implícita el ámbito geográfico; habrá que hacerlo de forma expresa cuando el convenio sólo afecte a una parte de su organización. En los convenios de sector, aparte la determinación del ámbito funcional, se añade sin excepción este aspecto, con la precisión de su ámbito local, provincial o nacional, en los casos más frecuentes. En la práctica, no suele presentar esta fijación problema alguno de interpretación.

¹⁰ Algunos casos, entre otros: art. 3 Grupo empresas Swissport Menzies (3.02.09), con mención de las UTE que forman parte de un consorcio empresarial; art. 1 Unión Radio, SA (18.08.09), por tratarse de un «Grupo de Compañías», cuya relación completa se hace; vid. también Unión Detallistas Españoles, sociedad cooperativa (31.08.09), que afecta a sociedades con negocios distintos, por lo que el convenio contiene regulaciones también diferentes para cada uno de ellos.

¹¹ Art. 2 Metal (17.03.09), con detallada descripción de las actividades comprendidas, explicable por el carácter general del convenio; art. 1 Establecimientos financieros de crédito (30.04.09), con exclusión de otras actividades próximas, que se excluyen del ámbito del convenio; también una relación detallada en Fabricación de conservas vegetales (30.04.09) y Grandes almacenes (5.10.04), que comprende «grandes almacenes», «hipermercados» y «grandes superficies especializadas» con exclusión de otras empresas del comercio minorista.

De los cuatro ámbitos mencionados por el artículo 85 es el temporal el que mayor atención merece por parte de la ley. Tras esa mención, el artículo 86 dedica la totalidad de su contenido a distintos aspectos del convenio colectivo en el tiempo; en él se alternan, de una parte, la reiteración del margen de libertad de las partes para establecer la duración de lo pactado y decidir sobre algunas cuestiones adicionales y, de otra, ciertas normas de estricto cumplimiento en los términos que la ley fija¹². De esta manera, quedan reguladas cuestiones relacionadas con el tiempo de vigencia del convenio como son la de posible duración diferenciada para unas y otras materias, la prórroga del convenio, su denuncia, la posible pérdida de vigencia de las cláusulas obligacionales y la derogación de lo establecido en el convenio anterior por parte del que le sucede en el tiempo.

Al cumplir con lo que el artículo 85 les ordena respecto de los cuatro aspectos mencionados del pacto, los negociadores están contemplándolo ya en su fase de aplicación. Precisamente por esta razón se afirmó en su lugar que esta múltiple operación realizada por las partes es tanto como una condición previa para que aquélla se realice de la mejor manera, ya sea respecto de las personas incluidas, de los momentos inicial y final de su vigencia o de la coexistencia de convenios distintos en el espacio, cada uno con su parcela material precisa y determinada. En la complicada red de pactos existentes en un sistema negocial como el español, el incorrecto

¹² Más extensamente sobre este desarrollo del convenio en el tiempo, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, «Vigencia» (comentario al artículo 86 ET), en *El Estatuto de los Trabajadores. Los nuevos convenios colectivos de trabajo. Puntos críticos* (Dir. Efrén Borrajo Dacruz), Editorial de Derecho Reunidas, Madrid 1995, págs. 131 ss. También J. GALIANA MORENO, «Notas sobre la vigencia, aplicación e interpretación del convenio colectivo», RMTAS n.º 3 (1997), págs. 193 ss. Más recientemente, J. C. GARCÍA QUIÑONES, «Vigencia y sucesión de convenios colectivos», en *Manual Jurídico de negociación colectiva* (dir. F. Valdés Dal-Re), La Ley, Madrid 2008, págs. 461 ss.

cumplimiento de estas previsiones legales produciría de manera inevitable colisiones y conflictos entre ellos en su respectiva aplicación, precisamente lo que aquéllas pretenden evitar.

3.2. Relación y articulación del convenio con la ley

Es ésta una materia que en ningún caso puede ser eludida al analizarse el aspecto del convenio que ahora interesa, puesto que pertenece al equilibrio interno del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que se refiere a la convivencia pacífica, no conflictiva, de estas normas de distinto origen y naturaleza. Su inclusión en este análisis de la aplicación no es discutible y lo es en un sentido similar al utilizado en la descrita operación de la determinación de la vigencia del convenio colectivo, esto es, como *prius* de su correcta realización.

No existe en la legislación laboral ningún precepto o grupo de ellos que de una manera sistemática y completa ordene la relación entre ley y convenio; pero del conjunto de los que a ella se refieren sí se pueden obtener sus líneas generales¹³. Los que ahora se van a utilizar se contienen sin excepción en el ET, aunque debe añadirse que existen otros en normas distintas.

Por lo pronto, existen dos normas que contienen declaraciones generales sobre tal relación. Es la primera el artículo 85.1, en el que al referirse a la capacidad reguladora de los convenios colectivos sobre diferentes materias, se precisa que ello se hace «dentro del respeto a las Leyes»; indicación que señala ya una primera e importante relación de sometimiento de los pactos a lo ordenado por aquéllas. El artículo 90.5 por su parte ordena una

específica intervención de la autoridad laboral si el convenio «conculca la legalidad vigente», una expresión próxima a la anterior aunque no necesariamente coincidente con ella, también de establecimiento de una inferioridad de rango del pacto colectivo con respecto a la norma legal.

En un plano más específico, se advierte la existencia de múltiples normas que se refieren a conexiones entre ley y convenio. Así ocurre por lo menos en cuatro tipos de casos. El primero, de remisión por parte de la ley a lo dispuesto en el convenio, con aplicación de lo previsto en la primera en defecto de reglas establecidas en éste: artículos 11.1.e), 14.1, 29.1, 34.3, 35.1, 35.4, 38.1 y 46.3. El segundo, de remisión a lo que disponga el convenio pero sin aplicación supletoria de la ley; artículos 11.2.b), 12.4.f), 15.1.a), 15.1.b), 15.8, 22.1, 23.2, 24.1, 25.1, 26.3, 31, 34.8, 36.2, 37.4 y 71.1. El tercero, de remisión al convenio colectivo pero dentro de los límites establecidos por la ley: artículos 11.1.b) y 34.1. El cuarto, en fin, de regulación conjunta por la ley y el convenio sin regla alguna de preferencia a favor de una u otro: artículo 20.2.

Del conjunto de toda esta dispersa regulación puede intentarse alguna sistematización, consistente en la enumeración de las siguientes cinco reglas¹⁴:

Existen algunas materias y cuestiones afectadas por la reserva de ley en las que el convenio colectivo no puede entrar a regular, debiendo respetar la totalidad del espacio a aquélla. No es posible seguramente establecer una lista cerrada e indiscutible en todos sus términos, pero respecto de algunas sí podría alcanzarse un amplio acuerdo. Sin ánimo exhaustivo se incluirían entre ellas, por razones distintas en las que no es el caso de entrar ahora: la edad mínima para contra-

¹³ Vid. sobre la materia VV.AA., *Reforma laboral y negociación colectiva*, VII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, MTSS, Madrid 1995.

¹⁴ Cfr. J. RIVERO LAMAS, «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de la negociación informal», RMTAS nº 3 (1997), págs. 93 ss.

tar como trabajador, las modalidades del contrato de trabajo por tiempo determinado, el procedimiento para los despidos colectivos, la estructura orgánica de la representación de los trabajadores en la empresa y la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

Se dan por otra parte materias que pueden recibir sin problema alguno una regulación conjunta (y por definición, complementaria) de las normas de uno y otro origen, de forma que son ambas las que se aplican al mismo tiempo, articulándose entre sí. Esto se hace posible porque la ley no ha llevado a cabo una regulación completa, al dejar un espacio para que actúe el convenio, normalmente en cuestiones más particulares o peculiares que los negociadores están en mejores condiciones de solucionar; y porque, por su parte y en un segundo momento, estos últimos han partido de aquella regulación legal y la articulan con sus propias reglas.

Se identifican otras cuestiones que la ley ha regulado en principio pero que por su naturaleza (desde luego las de contenido cuantitativo, pero no sólo éstas) admiten una mejora en beneficio del trabajador y esto es precisamente lo que el convenio realiza. La regla de este último desplaza a la legal, quedando como única aplicable. La fijación por el pacto colectivo de una cuantía salarial superior al salario mínimo interprofesional o de una jornada laboral de duración inferior a la máxima señalada por la ley son ejemplos conocidos y de total claridad de este caso.

Se da a veces una remisión por parte de la ley a lo que disponga el convenio pero con la previsión especial de que, si los negociadores de este último no acuerdan nada sobre la materia, se aplica como supletoria lo que la ley ha previsto para ese caso. Se trata ahora de una relación muy significativa entre ambos tipos de normas; lo es en el sentido de que por parte de la ley no se ha querido que la cuestión quede sin una regulación expresa, normalmente en atención a los intereses del trabajador; pero se ha dado preferencia a lo

que los sujetos de la negociación acuerden; si éstos no deciden o no pueden fijar otra cosa, la regla legal cumple con plenitud la función normativa. La duración del período de prueba (artículo 14.1 ET) es un buen ejemplo de este caso.

En determinadas materias, por último, no existe una regulación por parte de la ley. Ocurre esta situación respecto de cuestiones particulares de algunos sectores o algunas empresas, que la ley no ha atendido precisamente por su carácter aislado y no general; también en el caso de situaciones o materias del todo nuevas, para las cuales el proceso de creación legislativa, por lo general más lento que el de la negociación colectiva, no ha suministrado aún regla alguna. Es el convenio entonces el que, por su mayor proximidad y mejor conocimiento del específico ámbito de regulación, la crea sin ningún precedente legal; en no pocas ocasiones, si la cuestión adquiere suficientes rasgos de generalidad, su regulación accederá a la norma legal, que ofrecerá ya una regulación con ese mismo carácter.

De la consideración en conjunto de estas diferentes líneas de conexión entre ambos tipos de normas puede concluirse con facilidad su directa relación con la tarea de aplicación del convenio. No pertenece al contenido estricto de ésta, pero de una forma próxima e incluso similar a la señalada ya respecto de la determinación de sus ámbitos de vigencia, se está ahora ante la necesidad del cumplimiento correcto del engarce del pacto colectivo con la previa regulación legal. De tal forma que, de no llevarse a cabo en estos términos, lo dispuesto en el primero no podrá aplicarse, por infracción de las reglas de obligado respeto de la ley por parte del convenio. Lo previsto en el artículo 90.5 ET, con intervención de la autoridad laboral y de la jurisdicción, es una de las vías, no la única, de corrección de una operación de ese tipo. Así, una invasión por el convenio del espacio exclusivo de regulación de la ley o una cláusula pactada de condiciones inferiores a las establecidas por la ley

—por limitarlo a estos dos casos, que no son los únicos previsible— debe generar una reacción que cierre el camino a la aplicación de ese contenido pactado y restablezca la prioridad de la norma legal.

Es claro que también en este caso se está ante una operación previa a la de aplicación en su más estricto sentido. En efecto, antes de procederse a aplicar lo que el convenio dispone, ha de realizarse una doble comprobación, que abra la vía a su efectiva proyección práctica sobre la realidad.

De un lado, se debe verificar la existencia de la condición o exigencia de partida: exclusividad de la regulación legal, posibilidad de una regulación complementaria, existencia de un mínimo mejorable para el trabajador, remisión a lo dispuesto en el convenio con la ley como supletoria si aquél no regula nada o vacío legal sobre la materia. Se insiste en que se trata de una actividad previa para que la aplicación se realice de forma efectiva y correcta, contando con que aquella condición se dé y lo sea en cada caso en los expresados términos.

Por otro lado y de forma sucesiva a lo anterior, debe comprobarse que el convenio ocupa en términos correctos el espacio de regulación permitido por la ley. Podría ocurrir en efecto que tal operación, aún contando con la señalada condición de partida, no se haya realizado en cumplimiento riguroso de su contenido, lo cual impediría su aplicación efectiva. De esta forma, la comprobación se cierra y aquélla se produce sin mayor problema, en una situación de convivencia pacífica de los dos órdenes de normas jurídicas.

4. CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD DE APLICACIÓN

Junto a los presupuestos hasta ahora analizados, se dan determinados elementos que sí forman parte de la fase de aplicación propiamente dicha y que por esto deben ser objeto de

particular atención. El convenio existe ya, cumplidos los requisitos legales, y se encuentra dispuesto para desempeñar con plenitud la función que el ordenamiento y la voluntad de sus negociadores le han atribuido.

Concurre en este momento una característica propia del convenio colectivo, en buena medida peculiar de su régimen jurídico frente al de la norma legal. Se trata de la más intensa actuación o intervención de los sujetos que lo negociaron, llamados por la ley, con el complemento de las previsiones realizadas por estos últimos, a velar especialmente por la consecución efectiva de aquella función reguladora. Es esta mayor presencia de esos sujetos en este momento una manifestación más del reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la autonomía colectiva; autonomía que no se limita, con ser esto esencial, a la redacción de acuerdo en los amplios márgenes que la ley permite, sino que comprende también esta actividad posterior, indispensable para que lo pactado alcance su plena realización, igualmente ahora con su colaboración. El origen convencional del pacto colectivo es el que explica y justifica este papel de mayor trascendencia reconocido a los sujetos que lo negociaron. Papel que, como se va a comprobar más adelante, puede llegar en ocasiones a ser atribuido con exclusividad a ellos, aunque en otras lo compartan con sujetos distintos.

Se va a distinguir en el contenido de las operaciones de aplicación dos componentes distintos: el primero, sin duda el más peculiar y el que ofrece el contenido más complejo, es el que se conoce como administración del convenio colectivo; el segundo, con una mayor coincidencia con la aplicación de la norma legal y por lo general de contenido más simple, es el de la interpretación de sus cláusulas o acuerdos. No se está sin embargo ante dos actividades que se separen o distingan en términos absolutos, puesto que, como se ha de comprobar en las consideraciones que siguen, desde el punto de vista material la segunda puede llegar a formar parte de la primera y

realizada por los mismos sujetos, aunque en ciertas ocasiones se desarrolla por otros sujetos y por lo tanto se sitúa fuera del ámbito de la administración propiamente dicha.

4.1. La administración del convenio colectivo

Lo que se conoce por esta expresión es propiamente aplicación del pacto colectivo, entendida según el concepto que al comienzo se apuntó aplicable a toda norma jurídica: así se ha de verificar al exponer su contenido, dirigidas las operaciones que comprende a hacer coincidir la realidad con lo que se ha acordado por los negociadores. Situada por definición a partir del momento en que el acuerdo ha entrado en vigor, es además la actividad más característica de su aplicación, concebida por la ley y ejecutada por los sujetos a los que se confía como conjunto de operaciones puesto al servicio del convenio para contribuir a su mejor cumplimiento¹⁵.

La atribución a los sujetos negociadores o a sus representantes significa que van a llevarla a cabo aquéllos que participan en su redacción, quienes en principio y entre otros extremos, conocen mejor los requerimientos de su ámbito de aplicación, han colaborado en la negociación de sus cláusulas y pueden estar mejor informados que otros de las dificultades que se han de presentar a la hora de llevarlo a efecto y por ello mismo mejor dispuestos a proporcionar los medios apropiados para superarlas. Por estas razones y aunque en algunas de las funciones que se les confíen puedan coincidir desde el punto de vista material con la que realicen otros sujetos distintos, no es exagerado esperar que su contenido o sus efectos en la práctica sean también diferentes de los conseguidos por aquéllos otros.

¹⁵ Un extenso estudio sobre la materia, M^a J. RODRÍGUEZ CRESPO, *La Administración del Convenio Colectivo*, CES Andalucía, Sevilla 2006.

Como en otras cuestiones que vienen siendo examinadas en esta exposición, pueden identificarse ciertas normas del ET que resuelven determinados aspectos de tal actividad, pero también en coincidencia con ellas no lo hacen de una manera sistemática ni tampoco completa, dejando algunos de sus elementos a lo que libremente decidan los mismos que han negociado.

Dos son las normas a las que ahora se hace mención. La primera y de contenido más claro es la del artículo 85.3.e) que, al referirse al «contenido mínimo» que el convenio ha de expresar, obliga a incluir la «designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha Comisión.» En su escueta redacción, que permite a los negociadores un amplio margen de autorregulación¹⁶, el precepto contiene varios elementos que merecen un aten-

¹⁶ A pesar de la importancia que este punto ha de tener a efectos de la aplicación, de la lectura de los convenios se tiene a veces la impresión de que la regulación de la comisión paritaria obedece a un mero trámite de sometimiento formal a los ordenado por la ley, más que a la firme y consciente voluntad de establecer un órgano de vigilancia e interpretación de las cláusulas del Convenio»; art. 1.2.4 Flowserve Spain, SA (28.02.09): «Se crea una Comisión Paritaria como órgano de vigilancia e interpretación de las cláusulas del Convenio»; art. 6 Autobar Spain (1.04.09): «La comisión paritaria de vigilancia del presente Convenio estará compuesta por la Comisión Negociadora del mismo»; en términos idénticos, art. 6 Autobar Norte, SA (12.05.09): art. 64 Naturgas Energía (6.10.09): «Queda establecida una Comisión mixta Paritaria, compuesta por 4 miembros, 2 por parte del personal, que serán nombrados por el Comité de Empresa, y otros 2 en representación de la empresa. Esta comisión se reunirá cuando sea necesario»; vid. también disposición adicional undécima Hero España (22.06.09) y art. 8 Grupo Tecopy (10.11.09).

to comentario, alguno de ellos con ciertas dificultades de interpretación. La segunda norma es la del artículo 91, primer párrafo, en la que se ordena que «con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, del conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente». Es claro que el contenido del precepto excede con mucho la materia que ahora se analiza, al quedar referida a la función atribuida a los órganos judiciales, que corresponde examinar en un apartado posterior; pero en cierta medida completa lo dispuesto en el artículo 85.3.e).

Sobre la base de lo ordenado por estas disposiciones se exponen ahora los aspectos esenciales de esta actividad de administración del convenio: sujetos que la realizan, funciones que comprende, procedimiento de actuación y sus efectos¹⁷.

Sujetos

Tal como se acaba de indicar, el artículo 85 es perfectamente claro al disponer que la comisión paritaria que todo convenio ha de constituir dentro de su «contenido mínimo» es una «representación de las partes negociadoras». La relación jurídica que la ley establece entre una y otra es de la expresada naturaleza y este dato es fundamental para entender el papel que este órgano puede jugar. En la práctica se dan casos en los que no se respeta este mandato legal, al atribuirse las funciones de la comisión negociadora a la totalidad de la comisión negociadora del convenio¹⁸.

¹⁷ Con abundante información sobre la constitución de la comisión, su composición, sus competencias y adopción de acuerdos en la negociación colectiva de los años 1998 a 2001, M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *La Administración ... cit.*, págs. 401 ss.

¹⁸ Algún ejemplo de esta práctica: art. 6 Cointra Codesia (3.02.09); art. 6 Autobar Spain, SA (1.04.09); art. 6 Autobar Norte, SA (12.05.09); art. 33 Equitación y

Esta falta de cumplimiento exacto de la previsión legal no parece que plantee un problema grave de legalidad, dado que la ley atribuye la función a los representantes de los negociadores y el convenio lo hace a éstos directamente.

Por lo pronto, el órgano debe ser paritario, esto es, con componentes de ambas partes y en número igual. En segundo lugar, el carácter de representantes de tales personas no significa que las que forman parte de ella algunas de las que han intervenido en la comisión negociadora del convenio: pueden ser algunas de ellas, sobre las que recae tal representación pero también pueden ser otras distintas, con la misma condición. Seguramente lo normal sea lo primero, ya que garantiza el mejor conocimiento del texto pactado, pero en todo caso la ley no lo exige. Tampoco impone esta última un número determinado de componentes; sí parece lógico que no sea excesivamente alto, por razones operativas, como también que los nombrados lo sean de forma nominativa: es claro que las facultades de aplicación de lo convenio nacen de manera directa del propio pacto, por lo que deben ser atribuidas por éste de forma personal y no indeterminada.

Esta facultad de representación otorgada por los sujetos del convenio hace que las funciones que esta comisión vaya a realizar sea en cierta medida una prolongación de la actividad negociadora de aquéllos. Su composición paritaria ya lo adelanta; y lo confirma, como se ha de comprobar más adelante, el contenido de sus funciones de administración.

La dicción del artículo 85 ET parece dirigida («designación») a que sea el propio convenio el que cree el órgano y también el que

Caza, SA (10.07.09); se da también algún caso difícil de entender, aparte su problema de legalidad: art. 4 Grenco Ibérica, SA (15.07.09): comisión paritaria «integrada por la Mesa Negociadora y por la Dirección de la Empresa».

nombre a las personas que lo componen; no se hace esto por regla general, al desplazarse esta última decisión a un momento posterior¹⁹.

Tratamiento muy variado recibe lo relacionado con el número de componentes de la comisión creada. Puede observarse que suelen ser en número reducido, probablemente con la intención de hacerla más operativa, facilitar las reuniones y simplificar la toma de acuerdos²⁰. No faltan casos en los que se amplía ese número, en ocasiones quizás en cuantía excesiva a esos mismos efectos prácticos²¹. Ni otros con regulaciones que resultan inexplicables o inaplicables en los términos expresados²², una expresión más de los fre-

cuentes errores, contradicciones y disfunciones que se observan en la actual negociación colectiva.

Señálese por último que en buen número de convenios los negociadores no se limitan a constituir la comisión prevista en el artículo 85 ET en sus estrictos términos, al enriquecerla con otros órganos, por lo general en forma de subcomisiones o similares con funciones específicas de gestión o aplicación de materias particulares²³.

Funciones

Derivado del elemento subjetivo que se acaba de comentar, el constituido por las funciones que corresponden a la comisión confiere a la actividad de administración sus rasgos más característicos.

Es así en primer lugar porque la actuación de la comisión se integra en el marco de la autonomía colectiva reconocida a los representantes de trabajadores y empresarios por el artículo 37.1 de la Constitución y por la ley. El ejercicio de la facultad de determinación de las reglas que han de regir las condiciones de trabajo y las relaciones laborales no agota tal autonomía en el momento de la firma del convenio para reabrirse de nuevo con la posterior negociación que desemboque en el siguiente. Por el contrario, hay que entender que se prolonga y continúa a partir del momento de la entrada en vigor del ya con-

y por otra parte, la representación de la Dirección de la Empresa»; art. 4 Gresco Ibérica Spain, SA (15.07.09): comisión «integrada por la Mesa Negociadora y por la Dirección de la Empresa».

²³ Vid. información sobre estos órganos en F. ALEMÁN PÁEZ y M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, «Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma», Relaciones Laborales I/2005, págs. 267 ss. J.M. MORALES ORTEGA, *La gestión del convenio colectivo. Guía de negociación sobre órganos y procedimientos de administración e interpretación internos*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2006, págs. 32 ss.

¹⁹ Entre otros muchos casos: disposición final tercera Banco de España (4.02.09): «será nombrada por la Comisión Negociadora del convenio colectivo»; art. 9 Fabricantes de yesos y escayolas (19.02.09): componentes de la comisión «elegidos preferentemente de entre los miembros de la comisión negociadora del presente convenio colectivo»; art. 9 Unidad Editorial Información Deportiva (24.02.09): «se nombrará una Comisión Paritaria (...)».

²⁰ Son por ejemplo los casos en que se designan por cada parte: uno, art. 8 Instituto de la Calidad (6.01.09); dos, art. 5 Consultec (6.01.09), art. 6 Servicontrol (6.02.09), art. 9 Diez Todo Limpio, SL (8.07.09); tres: art. 7 TUV Rheinland Ibérica Inspección (6.01.09); cuatro: art. 8 Sociedad de Promoción del Turismo de Castilla y León (10.02.09).

²¹ Seis miembros por cada parte: art. 14 CEMEX (14.10.09); siete: art. 76 Mediación seguros privados (5.11.09); ocho: art. 59 Buques Instituto Social de la Marina (10.04.09); doce: art. 44 Maxan y Grupo (30.05.09); art. 6 Repsol Petróleo (23.10.09); trece: art. 70 Central Nuclear Almaraz-Trillo (8.05.09); catorce: art. 7 Flightcare, SL (6.03.09); quince: administración General del Estado (12.11.09).

²² Así por ejemplo, Autolixeiro Service, SL (18.02.09): comisión paritaria «compuesta por cuatro miembros, dos por parte de la RTL y tres por parte de la Empresa»; art. 5 Necphilips (9.05.09): señala primero que la comisión está formada por «tres miembros por cada parte como máximo» para decir luego que son 2 por parte de la empresa y 4 por parte de los trabajadores; art. 54 The Disney Store Spain, SA (10.07.09): «estará formada por los representantes de los trabajadores firmantes del convenio o aquéllos que los sustituyan y por

cluido, aunque ahora la negociación no vaya dirigida a la configuración plena de un texto nuevo sino a la mejor aplicación y cumplimiento del texto vigente.

El artículo 85 ET se expresa en este punto en términos muy abiertos, sin conferir a la comisión funciones concretas: ésta se constituye «para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas». El margen de decisión de los negociadores del convenio parece ser así de una gran amplitud; la libertad de las partes para fijar el contenido material del pacto, referida en lo principal a la determinación de las condiciones de trabajo y a las relaciones laborales, se extiende también ahora a esta actividad posterior, una vez establecidas esas reglas.

Ahora bien, parece razonable que ese elenco de funciones conozca un límite, aunque la ley ni los mencione ni se pueda interpretar del precepto mencionado que los contenga de manera implícita. Por lo pronto, la comisión paritaria no es la comisión negociadora: en principio no se encuentra facultada para sustituirla durante el tiempo de vigencia del pacto, a menos que exista una cláusula expresa en él que así lo haga y se respeten otras reglas. La jurisprudencia se ha pronunciado repetidamente sobre esta cuestión, con distinción de la naturaleza y funciones propias de cada una de estas comisiones, que no son intercambiables²⁴. Así, la comisión creada

²⁴ Así, TS 6.07.06: aunque centrada en el problema de si los sindicatos no firmantes del convenio están facultados para participar en las comisiones creadas por él, entra en tal distinción, con cita de las sentencias del Tribunal Constitucional 73/1984 y 184/1991 y otras del propio Tribunal Supremo: diferencia las «comisiones negociadoras» de las «comisiones aplicadoras», las primeras «constituidas para modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas –normas– para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del convenio; en este caso se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se le dé, por lo que deben aplicarse las reglas generales de legitimación»; las segundas «son las que tienen por objeto la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del

por el convenio podrá llegar hasta realizar funciones de revisión, de modificación y de sustitución de acuerdos contenidos en aquél; lo hará en cuanto formada por los representantes de la comisión negociadora, facultados por ésta y en los estrictos límites que lo hayan sido²⁵. Otra cosa es que la cuestión se plantee en términos de reforma de lo establecido en las normas vigentes, como algo que puede estimarse deseable o recomendable, posición ésta desde luego sometida a discusión²⁶.

Las funciones que con más frecuencia, y de forma destacada, le atribuyen en la práctica los convenios son las de interpretación, vigilancia, seguimiento y aplicación, todas o

convenio colectivo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados.» De esta distinción parece evidente que la comisión a que se refiere el artículo 85 ET pertenece a este segundo tipo.

²⁵ TS 16.06.09 resuelve sobre si las funciones atribuidas a la comisión de interpretación y vigilancia de un convenio pueden considerarse meramente ejecutivas o administradoras de lo previsto en éste o si, por el contrario, tienen un componente inaceptable de negociación; se niega que concorra esta última causa de ilegalidad en funciones tales como la de «negociar las revisiones que se acuerden durante el plazo de vigencia del Convenio y durante sus eventuales prorrogas», la de «constituir la instancia previa en la solución de los conflictos colectivos que se susciten en el ámbito de aplicación del convenio», la de «interpretar cuando el Convenio devendría eficaz, debiendo reconsiderarse en su totalidad, en el supuesto de que la Autoridad Laboral no homologase algunas de sus cláusulas o artículos»; la de emitir informe previo «a efectos de encuadrar al trabajador en el Grupo profesional correspondiente» y «establecer los criterios «que regulan el acceso a los distintos niveles y permanencia dentro de los Grupos Profesionales»; la de acordar «las revisiones anuales de los conceptos retributivos»; y la decisión sobre si un futuro convenio colectivo único para todas las empresas públicas de Andalucía (de las que forma parte la empresa afectada) se aplicaría según lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores o se procedería a la revisión del propio de la empresa.

²⁶ Así, una posición favorable a la extensión de las facultades que potencialmente ostentan las comisiones paritarias, incluso a los aspectos de negociación, siempre que se cuente con una delegación expresa, en F: ALEMÁN PÁEZ y M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, «Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias», cit., pág. 298.

alguna de ellas, sin añadir nada ni aclarar lo que por ello debe entenderse; seguramente se hace así porque se da por supuesto que son términos claros, aunque es lo cierto que son muy amplios y que la realidad puede plantear alguna dificultad en su delimitación y aplicación²⁷. Al comprobar la reiteración de esta fórmula en los textos convenidos, se tiene la impresión de que los negociadores han renunciado a aprovechar al máximo la amplitud de la previsión legal y a atribuir a la comisión las funciones mejor adaptadas al propio ámbito, a las características del pacto o a sus propios intereses; y que, por el contrario, se han limitado a reproducir en términos más o menos coincidentes lo que en otros convenios se ha hecho. Una vez más, en este aspecto de lo negociado tan importante para su aplicación práctica, se echa en falta un más intenso interés y una capacidad mayor de imaginación y de creatividad por parte de quienes negocian para dar un contenido propio al convenio, ahora en lo relacionado con los instrumentos creados para su mejor efectividad²⁸.

En una cierta relación con la función de interpretación mencionada, algunos convenios se refieren a la función de resolución de «dudas», término que no parece del todo apropiado para una función de aplicación del Derecho y sobre el que cabría preguntarse al

menos quién las plantea y qué valor tiene lo que se resuelve²⁹.

A las funciones generales de interpretación y aplicación que se han mencionado, se añaden algunas veces las de arbitraje, conciliación y mediación en conflictos colectivos derivados del texto del convenio (todas o algunas de ellas por separado)³⁰; intervención que puede integrarse sin mayor dificultad en aquéllas, aunque con las características propias de cada una de tales modalidades, según se posea o no la facultad de pronunciar una solución obligatoria para las partes de esa situación de confrontación³¹.

En alguna ocasión, bastante poco frecuente, la comisión se convierte en órgano receptor de información durante la vigencia del convenio, sin duda a efectos de facilitar y completar la realización de sus funciones³²; dado este conveniente presupuesto para la mayor eficacia de sus funciones, es sorprendente que por lo general esta facultad no se haya previsto en un mayor número de convenios. Bien es verdad que la falta de una previsión expresa en ese sentido no se convierte en un obstáculo absoluto para que el órgano paritario pueda ser informado de cuestiones que le interesen, pero sí puede dar lugar a conflictos entre las partes si de lado empresarial se ponen obstáculos a esta pretendida facultad o se niega en absoluto³³.

²⁷ Así por ejemplo: art. 5 Consultec (6.01.09); art. 7 TUV Rheinland Ibérica Inspection (6-01-09); art. 89 Comerial Mercedes Benz (6.01.09); art. 8 Instituto de la Calidad (6.01.09); Disposición final tercera Banco de España (6.02.09); art. 9 Umano Servicios Integrales, SL (10.02.09); art. 69 Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SA (4.03.09); art. 9 Cajas de Ahorros (10.03.09); art.67 Obra Social Caja de Ahorros del Mediterráneo (14.10.09).

²⁸ La necesidad de que los negociadores se encuentren convencidos del papel modulador que corresponde a estos órganos paritarios, más allá de la obligada previsión convencional que ordena el art. 85 ET, y de que pongan especial énfasis en su efectiva constitución y puesta en funcionamiento, en F. CAVAS MARTÍNEZ, «Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo», RMTAS nº 68 (2007), pág. 116.

²⁹ Algunos casos de esta función: Disposición final Distribuidores de Gas Natural (6.01.09); art. 9 Sociedad de Prevención de Fremap, SLU (25.02.09); Disposición final Gas Natural Informática, SA (16.06.09); art. 1.8 Tecnocon España Solutions, SL (5.11.09).

³⁰ Algunos casos entre otros muchos: art 48 Industria Pastas Alimenticias (27.01.09); art. 6 Servicontrol, SL (28.02.09); art. 7 Grupo Ortiz (5.03.09).

³¹ Sobre su intervención en los conflictos de carácter individual, R. QUESADA SEGURA, «Las comisiones creadas en convenio colectivo y la solución de los conflictos individuales», Relaciones Laborales I/1992, págs. 162 ss.

³² Por ejemplo, art. 7 Montreal Montajes y Realizaciones (18.02.09).

³³ Sobre la conveniencia y contenido de esta facultad, *vid.* J. M. MORALES ORTEGA, *La gestión del convenio colectivo*, cit., págs. 30 ss.

En una línea de regulación algo más original, la creación del órgano parece aprovecharse para atribuirle funciones muy variadas, en las que es difícil a veces encontrar un denominador común que les preste una mínima coherencia³⁴; es planteable la duda de si algunas de estas funciones corresponden propiamente al órgano cuya constitución ordena el artículo 85 ET, que posee su peculiaridad con respecto a la aplicación del convenio y que no puede aceptarse que valga para cualquier cosa que se le quiera atribuir³⁵. De manera

frecuente, ahora sin mayor problema para su aceptación, se le atribuye la facultad de actualización de las retribuciones fijadas en el convenio, una vez transcurrida una primera fase de su vigencia³⁶.

Aunque la tónica habitual de los convenios actuales es de una cierta pobreza en la configuración funcional de la comisión paritaria, destacan algunos de ellos en los que los negociadores se han esforzado algo más, con una regulación más cuidada³⁷. No es desde luego la regla general, ni mucho menos.

³⁴ Una selección de estas cláusulas: art. 10 Aldeas Infantiles (19.01.09): «vigilar cualquier práctica que implique discriminación laboral y la desigualdad de oportunidades» y «recoger e investigar las denuncias de acoso»; art. 30 Trevenque Sistemas de Información, SA (1.04.09): «autorizar las prolongaciones de jornada cuando las circunstancias comerciales lo aconsejen»; art. 5 Philips Ibérica SAU (18.04.09): «control sobre la situación de la plantilla de la Empresa» y «tratar en general sobre el número de horas extra realizadas, excesos de jornada y sus posibles incidencias en el empleo»; art. 7.1 Entrega domiciliaria (8.03.09): «intervenir y mediar, si se le solicita, ante los organismos competentes, de forma colectiva en los supuestos de intrusismo o competencia desleal en el sector que pudieran implicar merma de los derechos de los trabajadores»; European Air Transport (19.05.09): ser consultada sobre la cantidad y calidad de las prendas de uniformidad a repartir entre los trabajadores»; art. 5 Unión de Detallistas Españoles, soc. coop. (31.08.09): «conocerá para su depósito de los calendarios de trabajo que se formalicen en los distintos centros de trabajo de las empresas afectadas»; art. 7 Grupo Duhl, SA (6.10.09): «establecimiento de los días por asuntos propios»; art. 11 Desinfección, Desinsectación y Desratización (28.10.09): «aprobar o denegar la no aplicación de las retribuciones salariales».

³⁵ Vid. por ejemplo TS 30.05.07, que resuelve sobre la admisibilidad de la encomienda a la comisión paritaria de la determinación de la forma y condiciones en que aquellos trabajadores que estaban acogidos a un convenio colectivo extraestatutario anterior al estatutario luego vigente pasaban a encuadrarse en este último. Con copiosa doctrina anterior se resuelve la cuestión en sentido negativo: «entre las atribuciones de la comisión paritaria no figura la modificación de lo pactado en convenio colectivo»; «la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponden en exclusiva al legislador y excede por tanto de las atri-

Procedimiento y acuerdos

Por su composición paritaria, la comisión está llamada a realizar en su seno una tarea de negociación y de búsqueda de una solución acordada. Nada añade la ley sobre regulación de un procedimiento de actuación, pero su

buciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación»; «las atribuciones que convencionalmente les sean atribuidas a dicha comisión paritaria, nunca pueden ser mayores ni distintas de las que la Ley permita, como consecuencia de que los convenios deben siempre mantenerse “dentro del respeto a las leyes” (art. 85.1 del ET), por lo que también devendrán nulos cuantos acuerdos adoptaren en contra de una norma de superior jerarquía según el sistema de fuentes de la relación laboral (art. 3.1 del propio Estatuto)».

³⁶ Por ejemplo, acuerdo de la comisión mixta de vigilancia de la Industria Fotográfica (30.05.09) actualizando tablas salariales y de horas extraordinarias; acuerdo de la comisión paritaria Mataderos aves y conejos (27.06.09), fijando los salarios definitivos para el año 2008; acuerdo de la comisión paritaria de asistencia en tierra de aeropuertos (5.09.09), con revisión de las tablas de salarios; acuerdo de la comisión mixta de Minoristas de droguerías, herboristerías, ortopedias y perfumerías (5.11.09), con incrementos salariales para un nuevo período.

³⁷ Por ejemplo: art. 10 Grupo empresas Swiss-Menzies (3.02.09); art. 70 Central Nuclear Almaraz-Trillo (8-05.09); art. 45 Maxan y empresas del grupo (30.05.09); art. 5 Ferralla (3.08.09) art. 48 La Casera, SA (5.09.09); arts. 8, 9 y 10 Fundación Diagrama (8.10.09); arts. 4 y 5 Administración General del Estado (12.11.09).

conveniencia es evidente. El artículo 85 ET sí obliga a determinar «los procedimientos para solventar las discrepancias» que se produzcan, que en cierta medida debe integrarse en una regulación de esa materia; no existe tampoco en este punto indicación alguna sobre cuál puede ser la orientación que pueda aplicarse a esas vías de solución, con lo que ha de concluirse una vez más sobre la amplia libertad de la que gozan las partes negociadoras del convenio para diseñarlas.

Tal margen de libertad para establecer un procedimiento propio es completado a veces por los convenios actuales con una gran variedad de reglas sobre iniciación por los sujetos, actuaciones y reuniones del órgano de aplicación. Algunos de ellos, desde luego no en número importante, lo hacen con algún detalle, obedeciendo a la necesidad de que esta materia se encuentre regulada al menos en unas líneas generales para que la actuación de la comisión pueda hacerse con un cierto grado de seguridad³⁸. En menor número, otros lo hacen con bastante más extensión, demostrando con ello que conceden a la materia mayor importancia que la mayoría³⁹.

Al lado de los anteriores contrastan otros muchos convenios que no establecen regla alguna de procedimiento, parece que dejando a la práctica el que se haya de seguir en cada caso concreto⁴⁰, solución desde luego nada recomendable.

³⁸ Véase por ejemplo: art 5 Consultec (6.01.09), art. 7 Rheinland Ibérica Inspection (6.01.09), art. 10 Fabricantes yesos, escayolas (19.02.09), art. 7 Flightcare, SL (6.03.09), art. 9 Disa Corporación Petrolífera, SA (10.03.09), art. 4 Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación (10.07.09), arts. 8 a 10 Fundación Diagrama (8.10.09).

³⁹ Entre esos pocos casos: art. 5 Societé Air France (20.05.09), art. 48 La Casera, S.A. (5.09.09), arts. 4 y 5 Administración General del Estado (12.11.09).

⁴⁰ Entre estos casos: Disposición adicional segunda Exide Technologies, SA (18.02.09), art. 1.2.4 Flowserve Spain, SA (28.02.09), art. 69 Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, SA (4.03.09), art. 6 Autobar Spain, SA (1.04.09), art. 6 Autobar Norte, SA (12.05.09), Disposi-

ción adicional undécima Hero España, SA (23.06.09), art. 58 City Discargas, SA (12.08.09), Volkswagen Financie, SA (12.08.09), art. 64 Naturgas Energía (6.10.09).

De importancia especial para la toma de acuerdos en el seno de la comisión es la determinación de la mayoría requerida para su validez, punto que, por sorprendente que sea, falta en muchos convenios. En los que sí la establecen se da alguna variedad, a veces en coincidencia con lo establecido por el artículo 89 ET para la adopción de acuerdos en la comisión negociadora del convenio (esto es, exigencia de voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones) o alguna solución próxima⁴¹. Menos frecuente es la regla de unanimidad, sin duda más difícil de conseguir, en especial en comisiones de composición plural de sindicatos o de asociaciones empresariales⁴².

Es sin duda uno de los puntos más delicados de la regulación del órgano paritario el referido a la validez y eficacia de sus acuerdos en relación con el propio convenio y su ámbito de aplicación. El artículo 85 ET, como

ción adicional undécima Hero España, SA (23.06.09), art. 58 City Discargas, SA (12.08.09), Volkswagen Financie, SA (12.08.09), art. 64 Naturgas Energía (6.10.09).

⁴¹ Art. 48 Industria de pastas alimenticias (27.01.09): «los acuerdos de la Comisión Paritaria requerirán en cualquier caso el voto favorable del 60 por ciento de cada una de las representaciones»; Disposición final 3ª Banco de España (4.02.09): voto favorable de la mayoría de las dos representaciones; art. 9 Umano Servicios Integrales (10.02.09): «mayoría simple de cada una de las representaciones»; art. 9 Unidad Editorial Información Deportiva (24.02.09): «mayoría de votos de cada una de las partes»; art. 5 Cespa Gestión de Residuos, SA (4.04.09): «las decisiones se adoptarán por mayoría simple», lo que no es de fácil interpretación; art. 2.1 I-Vamos, SL (10.04.09): mayoría simple de cada una de las dos representaciones.

⁴² Algunos casos de esta modalidad: art. 17 Reinisch España (17.02.09); art.10 Adidas España, SA (4.03.09); art. 24 Centro Cooperativo Farmacéutico, soc. coop. (16.05.09); la Disposición adicional 1ª Establecimientos financieros de crédito (30.04.09) ordena: «los acuerdos se adoptarán por unanimidad o, en su defecto, por mayoría simple», norma de extraña redacción; el art. 7 Renault España Comercial, SA (8.05.09) dispone que «los acuerdos se tomarán considerando que cada una de las dos representaciones, cualquiera que sea el número de los vocales presentes, tiene un voto», lo cual es en realidad exigencia de unanimidad.

ya se ha recordado, ordena que la comisión paritaria se ha de designar «para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas», fórmula que abre la posibilidad, también en este aspecto, de ser entendida de manera variada. Quizás por esta razón se trata de una materia sobre la que muchos negociadores no parecen tener ideas muy claras. Al lado de las cláusulas que atribuyen a los acuerdos carácter vinculante y obligatorio, con formulaciones no siempre coincidentes⁴³, se dan otras de redacción poco clara pero en las que parece que el órgano paritario no tiene facultades decisoras⁴⁴. Todo ello sin tener

⁴³ El art. 10 Adidas España, SA (4.03.09) establece que los acuerdos «tendrán, en principio, carácter vinculante»; el art. 42 Iberdrola Inmobiliaria, SAU (4.03.09) ordena que «los acuerdos de la Comisión paritaria de interpretación serán vinculantes para ambas partes»; el 6 Fabricación conservas vegetales (30.04.09) ordena: «los acuerdos que alcance la Comisión Paritaria en cuestiones de interés general se considerarán parte del presente Convenio básico y tendrán la misma eficacia práctica»; el artículo 4 del Anexo 9 Iberia Líneas Aéreas de España (pilotos) (9.05.09) dispone: «los acuerdos de la Comisión de interpretación tendrán carácter ejecutivo inmediato, salvo que ambas partes acuerden una fecha específica»; el art. 24 Centro Cooperativo Farmacéutico, soc. coop. (16.05.09) atribuye a los acuerdos «el mismo valor que la norma que ha sido interpretada»; el art. 5 Grupo Repsol YPF (30.06.09) establece que las decisiones de la comisión «tendrán carácter ejecutivo y serán de inmediata aplicación, una vez acordadas en el seno de la misma».

⁴⁴ Autolixeiro Service, SL (18.02.09): en la resolución de «discrepancias sobre la aplicación del Convenio» la comisión «emite informe», abriéndose un procedimiento de mediación para intentar el acuerdo; el art. 48 Unidad Editorial, SA (29.05.09) prevé también la emisión de «informe razonado» por parte de la comisión sobre «dudas, discrepancias y conflictos»; el art. 3 Loterías y Apuestas del Estado (5.06.09) ordena que la comisión debe «ser consultada previamente a cualquier litigio entre las partes»; el art. 1.8 Tecnomcom España Solutions, SL (5.11.09) atribuye a la comisión la facultad de emitir «dictamen» en los casos de «dudas y divergencias». En una regla que no parece conforme a los dispuesto en el artículo 85 ET que, como se ha indicado ya, hay que entender que atribuye la facultad de decisión a la propia comisión, el art. 9 La Vanguardia Española (22.07.09) ordena: «sus acuerdos no tendrán vigencia en tanto no

que mencionar de nuevo aquellos casos en los que el convenio carece de normas sobre el procedimiento de actuación de la comisión, entre ellas las relativas al valor de sus acuerdos.

4.2. La interpretación del convenio

Se ha recordado ya en las consideraciones anteriores la imprescindible tarea de indagación del sentido de cualquier norma jurídica, que alcanza como es lógico a las cláusulas del convenio colectivo. También que esta operación de interpretación forma parte esencial del proceso de su aplicación y que, como tal, corresponde por su propia naturaleza a las funciones atribuidas a las comisiones paritarias creadas por los negociadores: casi sin excepción, los convenios atribuyen de forma expresa a estos órganos la facultad de interpretar su contenido en aquellos casos en los que se planteen dudas, discrepancias o conflictos surgidos de la literalidad de los respectivos textos. Esta labor interpretativa, común a la norma legal y a la norma convencional, seguramente es más necesaria –también de realización algo más difícil– en esta última, resultado de un proceso negociador que desemboca en un punto de equilibrio de intereses no siempre expresado en términos inequívocos; no debe olvidarse por otra parte que la redacción de una buena parte de las cláusulas convencionales adolece con frecuencia de defectos graves de formulación, sea por ignorancia o por información incorrecta de los que negocian, sea por deficiencias de sus técnicas de expresión; tampoco, en fin, que los que negocian lo hacen muchas veces –sobre todo se aprecia en los convenios de empresa– para un ámbito reducido, para el que se utilizan expresiones o términos que se sobreentienden entre ellos pero que son de más proble-

en tanto no estén ratificados por el pleno del comité (de empresa) y por la representación de la empresa de forma conjunta, sin que ello suponga merma ni restricción de las facultades organizativas de la Empresa».

mática comprensión para terceros, incluidos en éstos por supuesto el juez.

Conviene ahora centrarse en este componente de la aplicación del convenio, con la consideración de algunas otras notas que completen su contenido y su mejor entendimiento, sobre todo por lo que se refiere a su especialidad o peculiaridad en comparación con la interpretación de la ley.

La doctrina ha abordado esta materia, en correspondencia con su importancia objetiva, de forma reiterada y completa. En los análisis generales sobre la aplicación de la norma jurídica, en los que se indaga sobre todo el sentido de los criterios establecidos por el Código civil⁴⁵, se ha puesto de relieve la aceptación de la doctrina dominante a favor de una interpretación objetiva (indagación de la *voluntas legis*) sobre la de carácter subjetivo (*voluntas legislatoris*). No parece por otra parte que en los criterios enunciados por el Código (sentido propio de las palabras, contexto, antecedentes, realidad social del tiempo de la aplicación y espíritu y finalidad de la norma) quepa reconocer uno como dominante; cada uno de ellos presenta sus dificultades propias de aplicación y en todo caso mantienen un cierto grado de libertad al intérprete, dentro de algunos límites.

La aceptación por parte de la doctrina laboralista de estos criterios de la norma civil a los efectos de la interpretación del convenio colectivo es unánime, en la misma medida en que éste es en Derecho español norma jurídica en sentido propio, al menos en su contenido por lo general más extenso. Pero a ello se añade –y en ello radica la conocida especialidad del texto convenido– que se está al tiempo ante un pacto negociado y acordado por

dos partes; lo cual lleva a la necesaria utilización de los criterios de interpretación de los contratos, esto es, a los establecidos por los artículos 1281 y siguientes del mismo Código Civil (actos anteriores, coetáneos y posteriores de los contratantes, principio de conservación del negocio, objeto y naturaleza del contrato, usos y costumbres entre ellos)⁴⁶. Esta conjunción de criterios no se resuelve siempre por la doctrina de manera coincidente: así, por ejemplo, unas veces se entiende que no se deben aplicar de forma indiferenciada al conjunto del convenio, antes bien a la parte obligacional se han de referir los de naturaleza subjetiva y a la parte normativa los de carácter objetivo⁴⁷; otras, por el contrario, en una interpretación que coincide con la mantenida por la jurisprudencia, se opta por una consideración unitaria del convenio, con aplicación conjunta de los criterios propios de la norma y del contrato⁴⁸.

La especialidad de mayor relieve en la interpretación del convenio frente a la de la ley es sin duda la de haber sido confiada en primer término a los propios sujetos que lo negociaron, quienes, como se ha visto ya, lo hacen a través de la comisión que actúa por delegación de ellos mismos. Es lo que se ha denominado «interpretación auténtica», expresión que no debe ser entendida como exclusiva ni tampoco como preferente en términos absolutos con relación a otras, sino simplemente como operada por los que redactaron las cláusulas que en un momento posterior pueden suscitar discrepancias en la aclaración de su verdadero sentido: la aportación que en esa tarea pueden realizar las comisio-

⁴⁶ Cfr. F. ALEMÁN PÁEZ, «La administración del convenio colectivo», en *Manual Jurídico de negociación colectiva*, cit., págs. 581 ss.

⁴⁷ En este sentido, M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *La Administración del convenio colectivo*, cit., págs. 319 ss.

⁴⁸ A. MONTAÑA MELGAR, «La interpretación del convenio colectivo (Apuntes de Derecho comparado)», *RMTAS* nº 68 (2007), con cita de varias sentencias del TS en las que éste se separa con claridad de la tesis de la doble operación de interpretación.

⁴⁵ A. GULLÓN BALLESTEROS, «Aplicación de las normas jurídicas», en *Comentario del Código Civil*, cit., págs. 94 ss. P. SALVADOR CODERCH, «Comentario al artículo 3.1», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1992, págs. 523 ss.

nes creadas en la negociación tienen un componente que no está presente en la llevada a cabo por sujetos distintos. Esa doble facultad interpretativa es la que se formula en el primer párrafo del artículo 91 ET, en el que la atribuida a los órganos paritarios aparece en coexistencia con la reconocida a la «jurisdicción competente». Ha de entenderse esa coexistencia sólo en el sentido de que el resultado de la labor interpretativa de las comisiones paritarias no puede ser valorado como definitivo ni inmodificable, puesto que en todo caso es posible su sometimiento a la decisión final revisora de los órganos judiciales. Así lo ha señalado la doctrina⁴⁹ y así lo confirman los propios textos convencionales, aunque éstos no lo hagan siempre de manera expresa⁵⁰.

Existe una segunda nota que diferencia una y otra tarea de interpretación. Si la que se confía a los órganos judiciales lo es a una entidad por naturaleza independiente de las partes en conflicto, la atribuida al órgano mixto creado por el convenio desemboca con frecuencia en la formulación de posiciones no coincidentes, incluso en franca contradicción;

⁴⁹ Así, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Administración del convenio colectivo y solución de conflictos laborales», en *La administración de los convenios y su valor normativo*, III Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva, MTSS, Madrid 1990, págs. 42 ss. M. IGLESIAS CABERO, «La administración del convenio colectivo y las competencias administrativas y jurisdiccionales. Solución extrajudicial de los conflictos colectivos de intereses, mediación y arbitraje», en la misma publicación, págs. 59 ss. A. MONTOYA MELGAR, «La interpretación del convenio colectivo», cit., págs. 111-112.; F. CAVAS MARTÍNEZ, «Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales ...», cit., pág. 129.

⁵⁰ Entre los que sí lo hacen pueden citarse como ejemplos: art. 29 Comercial Mercedes Benz (6.01.09), que de forma imprecisa se refiere a su actuación «con carácter previo al planteamiento de reclamaciones ante las jurisdicciones legales que correspondan»; art. 9 Sociedad de Prevención de Fremap (25.02.09); art. 6 Servicontrol (28.02.09); art. 5 Europa Ferrys, SAU (9.03.09); art. 8 Unisys España (11.03.09); art. 1.8 Tecnomoc España Solutions, SL (5.11.09).

esto es así porque cada una de las representaciones constitutivas de la comisión, sobre todo en las discrepancias de interpretación de las cláusulas del pacto, tienden a actuar intereses de parte, claro está que en la medida en que lo permita el texto sometido a su consideración, lo que puede llevar a situaciones de bloqueo del acuerdo. La previsión de esta eventualidad se refleja en el propio artículo 85.3.e) ET al ordenar que por los negociadores del convenio se determinen «los procedimientos para solucionar las discrepancias en el seno de dicha Comisión.» Regla por demás razonable y que debe contribuir de manera efectiva a la mayor eficacia práctica en el funcionamiento del órgano paritario; pero que, como otros muchos puntos de la materia que se está tratando, es escasamente atendida en la actual negociación colectiva, en paralelo con el descuido que, en general, se advierte en la ordenación de la constitución de la comisión y de su funcionamiento⁵¹.

⁵¹ Entre los escasos convenios que lo hacen, aunque a veces de una manera poco precisa, pueden citarse: art. 10 Adidas España, SA (4.03.09): «a falta de unanimidad de la comisión paritaria, las partes remitirán el asunto a organismo competente y/o, en su caso, a la jurisdicción laboral a fin de que, en su caso, dicte resolución sobre los puntos sometidos a interpretación»; art. 7 Flightcare (6.03.09): «si la comisión no resuelve en el plazo de un mes, abrirá la posibilidad de adoptar cuantas medidas o reclamaciones se estimen oportunas»; art. 7 Grupo de Negocios de Ediciones y Publicaciones (24.04.09): en caso de disconformidad de los miembros de la Comisión en el ejercicio de las funciones asignadas, ambas partes designarán de mutuo acuerdo un árbitro»; art. 45 Maxan y empresas del grupo (30.05.09): «en el caso de que en algún punto de su competencia no se llegue a un acuerdo final en el seno de la Comisión Mixta, las partes firmantes del presente Convenio quedarán habilitadas para acudir a los mecanismos que entiendan legítimos para solventar dicha cuestión»; art. 6 Galletas Siro, SA (5.06.09): si no hay acuerdo se remitirá copia del acta a la autoridad laboral competente «para la resolución de los conflictos colectivos de trabajo, al cual ambas se someten»; en algún caso, se estipula que el procedimiento quedará fijado por la misma comisión, sin que lo haga el convenio: art. 36 Heraldo de Aragón (15.07.09): «tal como establece el Estatuto de los Trabajadores, esta Comisión determi-

Es evidente, por otra parte, que los criterios enunciados por el Código civil, tanto para la interpretación de las normas como para la de los contratos, son aplicados por los órganos judiciales en la labor de solución de las discrepancias surgidas en la aplicación de los textos convenidos, puesto que son vinculantes para ellos. Debería serlo también para las comisiones creadas por los convenios colectivos, pero no existe medio de comprobarlo, dado que su tarea en este punto no deja una documentación accesible. Es permisible no obstante mantener una duda razonable sobre ello.

5. OTRAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN

Se ha hecho mención al comienzo de este trabajo de otras cuestiones que muestran también alguna conexión con la aplicación del convenio. Bastará ahora detenerse en las que parecen de mayor trascendencia, con objeto de añadir cierta ampliación de las consideraciones hasta aquí realizadas; no se trata por lo tanto de exponer la totalidad del régimen jurídico de estas situaciones, que excedería con mucho el propósito que aquí se ha planteado, sino tan sólo de apuntar su relación con lo ya estudiado o, en otras palabras, los elementos de aplicación del pacto colectivo que en ellas pueden aparecer.

La primera de ellas es la que surge en la concurrencia de convenios, regulada como es sabido por el artículo 84 ET, además de las reglas contenidas en otros preceptos de la misma Ley. Múltiples cuestiones interpretativas plantea aquel artículo en su regulación de esta presencia conjunta de más de un convenio para la regulación de las relaciones de trabajo en diversas unidades de negociación;

ará los procedimientos que estime más idóneos para conseguir la máxima eficacia práctica del Convenio, al igual que para solventar las discrepancias que pudieran producirse entre los miembros o partes integrantes en sus decisiones».

la que ahora interesa es la de la necesaria resolución de la determinación correcta de cuál de esos convenios debe aplicarse.

Es sabido también que en esta materia se dan en primer lugar supuestos de lo que la doctrina ha calificado como de «conurrencia conflictiva», cuando se han negociado dos o más convenios por negociadores diferentes que en su contenido coinciden en todo o en parte para una misma parte del sistema productivo, una empresa determinada o un sector concreto de producción. Y se dan en segundo lugar otros supuestos, en contraste con los anteriores, deliberadamente queridos y planificados por los respectivos sujetos negociadores, que en la práctica quizás planteen problemas menos graves: los de la conocida como articulación de convenios, en la que se combinan los preceptos de al menos dos de distinto ámbito (por lo general, de sector y de empresa, aunque quepan también otras combinaciones); de esta forma, la regulación de las materias previstas queda distribuida o repartida entre ellos. Si esta operación se realiza correctamente, la concurrencia se resuelve de manera pacífica, obedeciendo al criterio de que la ordenación de determinadas materias, en general las comunes o aquéllas a las que conviene un tratamiento indiferenciado, corresponde mejor al convenio de ámbito superior mientras que la de otras más específicas, que merecen una regulación propia para unidades de menor tamaño, al de ámbito inferior.

El artículo 84 ET contiene varias reglas al respecto: la de que un convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por otro de ámbito distinto, salvo que por acuerdo interprofesional se determine otra regla distinta; la de que un convenio sectorial de ámbito inferior puede afectar a otro también sectorial de ámbito superior, con algunos requisitos; y la prohibición de negociación en convenios colectivos de ámbito inferior de ciertas materias que la ley menciona⁵².

⁵² Sobre la materia, A. MARTÍN VALVERDE, «Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo», en *El*

En conclusión y como es fácil advertir, el respeto a estas reglas desembocará en la fijación de cuáles han de ser en definitiva las normas convenidas aplicables para cada materia y en cada ámbito. Por supuesto, ninguna especialidad debe presentarse en el proceso de aplicación de los convenios una vez seguidas aquellas normas; sólo es de apreciar que tal proceso conoce ahora, cuando sea el caso, la doble operación aplicativa conjunta de los dos convenios presentes. Por consiguiente, todas las consideraciones que en los apartados anteriores se han desarrollado en el esclarecimiento de lo que debe entenderse por aplicación de la norma convencional son plenamente válidas para llevarla a cabo en esta especial situación de elección o de conjunción de la que a la postre resulte aplicable.

Casos en esencia distintos son los provocados por las decisiones que se puedan adoptar en la adhesión y extensión de convenios, regulados respectivamente por los apartados 1 y 2 del artículo 92 ET. Aunque el origen de estas decisiones sea en cada caso muy diferente, su relación con la materia de la aplicación muestra un denominador común coincidente.

La decisión de adhesión de «las partes legitimadas para negociar» a «la totalidad de un convenio colectivo en vigor» (artículo 92.1 ET) conecta con las cuestiones de aplicación en la medida en que por iniciativa de aquellos sujetos se amplía el ámbito de aplicación personal y funcional de un convenio colectivo preexistente negociado por otros. No se da en este caso modificación alguna del contenido del convenio colectivo respecto del que se ha producido la operación de adhesión, tampoco res-

Estatuto de los Trabajadores. Los nuevos convenios colectivos de trabajo. Puntos críticos (dir. Efrén Borrajo Dacruz), Editorial de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1997, págs. 3 ss. Más recientemente, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO y A. VALDÉS ALONSO, «Concurrencia de convenios colectivos estatutarios», en *Manual Jurídico de negociación colectiva*, cit., págs. 533 ss.

pecto de las técnicas que hayan de utilizarse para aplicarlo al ámbito ampliado.

Una sola cuestión queda abierta a partir del momento de la aplicación: no es otra que la relacionada con la comisión paritaria que los negociadores del convenio original han constituido de acuerdo con el mandato legal, constituida por sus representantes. No resuelve la ley sobre si esa misma comisión es la que ha de enfrentarse con los problemas de aplicación que se susciten en el ámbito ampliado o si los negociadores que decidieron la adhesión están facultados para crear su propio órgano con esas funciones en exclusiva para este último. Si se entiende en su estricto sentido la expresión legal de que la adhesión se produce «a la totalidad de un convenio colectivo en vigor», la solución correcta debe ser la primera: la creación y regulación de aquel órgano es parte del convenio, sin que parezca que los negociadores de la adhesión estén facultados para alterar su contenido, lo que sin duda ocurriría si establecen su propia comisión, le reconocen facultades y funciones distintas y ordenan su procedimiento de actuación; ello llevaría lógicamente a la existencia de dos comisiones paritarias con funcionamiento autónomo. No se advierte que en la negociación colectiva actual se lleve a cabo esta última decisión en los actos de adhesión⁵³.

⁵³ Entre los acuerdos de adhesión más recientemente publicados, vid. Acta de adhesión del FCE Bank al convenio de Ford España (BOE 16.01.07), en la que la adhesión se hace «a la totalidad del convenio colectivo interprovincial de Ford España (que es) asumido íntegramente por las mismas representaciones (de FCE Bank)», sin ninguna otra adición. En el mismo sentido, adhesión de Plus Supermercados al convenio colectivo de Diasa (BOE 15.01.08), adhesión que se hace «a la totalidad del convenio colectivo», sin otra precisión. Una opinión más flexible, sobre la base de la conveniencia de dos líneas de administración de lo convenido (la del convenio original y la resultante del acto de adhesión), en M. J. RODRÍGUEZ CRESPO, *La Administración del convenio ...*, cit., págs. 145 ss. También expresa una opinión favorable a la constitución de una comisión propia S. OLARTE ENCABO, «Acuerdos de adhesión», en *Manual Jurídico de negociación colectiva*, cit. págs. 868 ss.

En el acto de extensión del convenio colectivo se da una coincidencia desde el punto de vista material con lo que se produce en la decisión de adhesión, esto es, el convenio preexistente amplía su ámbito de aplicación original; pero en este caso tal decisión no es negociada sino que se toma por la autoridad laboral, aunque lo haya sido «a instancia de parte» (artículo 91.2 ET)⁵⁴. Se plantea en este caso la misma cuestión sobre la comisión paritaria, que debe recibir la misma solución anterior, ahora porque la ley tampoco faculta

al órgano administrativo para alterar el contenido del convenio extendido: sólo le permite extender «las disposiciones de un convenio colectivo en vigor», sin más precisión, lo cual debe entenderse como unidad completa e inalterable. Con más claridad incluso que en el supuesto de la adhesión, es patente que no forma parte de las facultades administrativas decidir sobre la constitución y funciones de una comisión paritaria para entender de las cuestiones de aplicación del convenio en el nuevo ámbito ampliado.

⁵⁴ Sobre esta materia, F. VALDÉS DAL-RE, «La adhesión y la extensión de los convenios colectivos», REDT nº 36 (1986).

RESUMEN El proceso de aplicación del convenio colectivo muestra muchos puntos comunes con el de la norma legal, lo cual no es casual, al ser uno y otra reglas jurídicas que comparten el objetivo de dirigirse a conformar la realidad que tratan de ordenar. Por ello mismo, necesitan del auxilio de determinadas técnicas y procedimientos para que esa finalidad se realice de la mejor manera posible. Con este denominador común, sin embargo, se producen también notables diferencias, que traen su causa del origen paccionado del convenio, su más sobresaliente peculiaridad.

Sobre la base de una regulación legal escasa y poco sistemática de la materia de la aplicación del pacto colectivo, se analizan en primer lugar ciertos elementos que, aún no formando parte de ella en sentido propio, constituyen presupuestos necesarios para su puesta en práctica: se trata de la determinación por el mismo convenio de sus ámbitos de vigencia y de las relaciones de éste con la norma legal, que son de naturaleza y contenido variados.

Ya en el núcleo de las operaciones aplicativas en sentido estricto, su componente más característico en cuanto confiado a los negociadores mismos, es sin duda lo que se conoce como «administración del convenio», una manifestación más de la autonomía colectiva, ahora en una actuación llevada a cabo a partir del momento en que el pacto ha sido firmado y comienza su vigencia efectiva. Ello se realiza a través de la constitución y puesta en funcionamiento de la comisión paritaria, sobre la que interesa analizar cuáles son sus componentes y sus funciones, qué procedimiento sigue, cómo se toman sus acuerdos y qué eficacia tienen estos últimos. En el contenido de la aplicación destaca por su importancia objetiva las tareas de interpretación de las cláusulas convenidas: forman parte importante de las competencias atribuidas normalmente a la comisión paritaria del convenio y se confía también a los órganos jurisdiccionales. No se trata de dos actuaciones independientes o autónomas, puesto que deben articularse entre sí, como la ley prevé, al someter lo resuelto por la primera al control de los segundos.

Existen por último manifestaciones especiales de aplicación en otras situaciones derivadas de la negociación colectiva, como son la de ordenación de la concurrencia de convenios y la de adhesión y extensión de éstos; en ellas aparecen algunos elementos característicos que conviene recordar para completar el cuadro del proceso de aplicación aquí analizado.

En una buena parte de las cuestiones expuestas se ilustran las consideraciones en torno a la regulación legal con los datos contenidos en convenios colectivos vigentes, lo cual permite comprobar hasta qué punto la negociación colectiva está respondiendo a aquellas normas.

ABSTRACT The implementation processes of the collective agreement and of the legal rules show many points in common, which is not coincidental, given that both of them are legal norms that share the objective of giving form to the reality they are trying to organise. Thus, they need the support of certain techniques and procedures so their purpose is achieved in the best possible way. However, in spite of this common denominator, some significant differences are caused by the agreed upon nature of a collective agreement, its most outstanding particularity.

Based on the scarce and unsystematic legal ruling with regards to the implementation of the collective agreement, this paper firstly analyses certain elements that –though not belonging to the implementation *per se*– are necessary assumptions for it to take place: the collective agreement’s definition of its own validity periods and its relations with the legal rules, which are varied in nature and content.

Focusing on the implementation operations *strictus sensu*, the collective agreement’s most characteristic component, insofar as it is bestowed on the negotiators, is undoubtedly what is known as «the administration of the collective agreement», a further manifestation of its collective autonomy, which is now performed from the moment the agreement is signed and comes into force. Such administration is applied through the creation and operation of the joint committee, and it is interesting to analyse what its components and functions are, which procedure it follows, how the agreements are made and how efficient these are. With regards to the implementation content, the task of interpreting the agreed upon clauses stands out because of its objective importance, this is an important part of the competencies usually vested on the joint committee and also on the jurisdictional entities. These are not two independent or autonomous actions because they should be coordinated, as the law states that the resolutions of the former are subjected to the control of the latter.

Lastly, there are special implementation manifestations in other situations related to collective bargaining, such as the regulation of the concurrency of agreements, as well as their adhesion and extension. Some of the characteristic elements appear in these that should be remembered in order to complete the implementation process that is being analysed.

Most of the issues covered in this paper illustrate the legislation considerations with information contained in existing collective agreements, which allows us to verify the extent to which collective bargaining is responding to the ruling.

La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo

ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO*

ANA CECILIA CRISANTO CASTAÑEDA**

1. INTRODUCCIÓN

La institución sobre la que se reflexiona en las páginas que siguen pasa por ser la norma más modesta de nuestro Derecho del Trabajo, muy alejada de la trascendencia predicable de la Ley, de la operatividad propia del Reglamento o, incluso, de la riqueza inherente a los convenios colectivos. El propio ordenamiento jurídico lo ha dejado patente cuando la relega a la última escala de su jerarquía normativa; no sólo eso sino que también, mediante una verdadera y máxima dispositivización de su contenido, permite que el pacto individual prevalezca sobre ella.

Quiere decir lo anterior que se le asigna muy escasa virtualidad para cumplir una función integradora de los derechos y obligaciones que corresponden a los protagonistas de las relaciones laborales, tanto por su ínfima jerarquía normativa cuanto por la disposición que acerca de su contenido tienen los pactos (tanto los colectivos, privados de efica-

cia normativa, cuanto individuales). Desde una perspectiva complementaria, e esto se une el continuo crecimiento de las materias reguladas por las normas heterónomas y los convenios colectivos, circunstancia que desincentiva o, cuando menos, dificulta el nacimiento o la pervivencia de normas consuetudinarias. Por todas estas razones la doctrina científica afirma que existe una «relegación de la norma consuetudinaria» en el ámbito de las relaciones laborales¹.

Ahora bien, esa importancia secundaria de la costumbre en modo alguno equivale a su falta de interés para el laboralista. Por lo pronto, desde un punto de vista de estricto estudio, su análisis posee el mismo valor intrínseco que todo conocimiento sobre el Derecho de las relaciones de trabajo; de ahí que existan interesantes –aunque escasas– investigaciones sobre el tema y que han servido de apoyo para este trabajo.

¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 18ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 130; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 30ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 106.

* Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos.

** Profesora Ordinaria de la Universidad de Piura (Perú).

Por otra parte, mirando a la norma acostumbrada de manera aislada, en aquellos supuestos en los que es necesaria su aplicación la costumbre se transforma en elemento decisorio de primera magnitud. Así, desde la óptica del concreto tema o caso pendiente de la disposición consuetudinaria, su importancia dista mucho de ser secundaria. ¿Cómo convencer a quienes debaten sobre el alcance de las propias obligaciones o facultades que la resolución del asunto depende de una norma insignificante? ¿Acaso cabe confundir el escaso voltaje jurídico de las normas con su carácter decisivo cuando entran en juego? Sin ánimo de cuestionar ahora las primeras apreciaciones respecto del escaso papel que el ordenamiento le asigna, lo cierto es que la tarea del jurista práctico parece incluso más apasionante cuando está en juego la norma consuetudinaria, ya que no sólo plantea problemas de interpretación sino también acerca de sus propios términos, de su alcance y contenido, tornando más relevante de lo usual la actuación del intérprete.

Buena prueba, por emblemática y conocida, de que la costumbre laboral puede ser realmente decisiva para dirimir conflictos de tal signo la constituye el supuesto del camarero barbudo y del empleador que interesa su afeitado; para acotar los términos del derecho fundamental a la propia imagen (y del poder de dirección empresarial), hubo de darse entrada *natural* a la conducta acostumbrada en el ámbito de la hostelería². Tal dimensión práctica de la institución enlaza con el enfoque principal de este estudio, a saber, brindar una visión de la institución a partir de los datos suministrados por los Tribunales, en coherencia con la propuesta metodológica del profesor Montoya para el número de la *Revista*.

Un aspecto particularmente relevante de este enfoque es que el carácter ágrafo de la

costumbre comporta sin duda una dosis de inseguridad acerca de sus términos que, a su vez, concede suma importancia a la tarea del juez quien, en la mayoría de los casos, no podrá limitarse a aplicar o no la costumbre, sino que habrá de pronunciarse sobre su propia entidad y vigencia; la tarea del órgano jurisdiccional no permanece en los campos de la interpretación sino que también suele asumir cierto carácter «declarativo»; *mutatis mutandis*, lo mismo ha de manifestarse respecto de la singularidad de las tareas a desplegar por los profesionales intervinientes en esos pleitos.

El análisis de la doctrina judicial sobre la materia ha permitido detectar que en muchas ocasiones se debate la virtualidad de determinadas prácticas que no son realmente normas consuetudinarias, sino que se identifican con supuestas «costumbres de empresa». Curiosamente en torno a ésta figura gira un considerable número de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, cuestión que ha merecido —en la medida que lo permite la extensión de esta investigación— acompañar el análisis judicial con algunas notas de doctrina científica que pueden ser de utilidad para esclarecer esta cuestión específica.

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA COSTUMBRE

Puesto que, según se ha indicado, una cuestión relativamente frecuente refiere a la propia identificación de la costumbre laboral, no estará de más comenzar realizando un breve recordatorio acerca del significado genérico de la norma consuetudinaria, sin perjuicio de abordar en un apartado posterior las notas específicas de la costumbre laboral.

Conforme a doctrina pacífica, es necesario distinguir los dos elementos que hacen de la costumbre una norma jurídica, y por tanto fuente del Derecho. Acogiendo la corriente

² STS de 12 febrero 1986 [R] 1986/749], resolución confirmada por la STC 170/1987, de 30 octubre 1987 [RTC 1987/170].

tradicional de la Escuela Histórica³, los Tribunales señalan como elementos esenciales o notas identitarias de la costumbre la repetición constante y uniforme de actos (elemento externo)⁴ y de una *opinio iuris seu necessitatis*, consistente en la intención o convencimiento de estar dando vida a una norma jurídica de carácter vinculante (elemento interno, material o espiritual)⁵. Ya con esta primera aproximación se observa cómo no basta con la mera reiteración de conductas para que pueda hablarse de norma acostumbrada⁶, sino que se exige cierta consciencia, cierto sentimiento de obligatoriedad en los sujetos creadores-receptores de la misma, de forma tal que se consideren precisamente obligados a obrar de ese modo y no de otro; en todo caso, que si actúan desconociendo la prescripción consuetudinaria sepan en su fuero interno que están infringiendo una regla del ordenamiento jurídico.

La reiteración de esa necesaria dualidad propicia que la misma forme parte del acervo jurídico común, es decir, que se asuma por el deseo de respetar tanto la ortodoxia cuanto el legado de nuestros mayores. Las costumbres «son verdaderas normas de Derecho con fuer-

za vinculante y que por tanto han de ser acatadas y cumplidas por los interesados. Caracterizándose la costumbre o convicción de estar cumpliendo y dando vida a una norma jurídica obligatoria; en definitiva este elemento está constituido por la creencia de que una cierta regla establecida por el uso social obliga a su observancia como norma de derecho, porque así lo estima y vive el medio social en que el individuo se mueve»⁷.

No se pide que un convenio colectivo sea interiorizado por quienes están afiliados a sindicatos que rechazaron su firma, sino que se les impone; ni se pide que la Ley sea respaldada por la mayoría de ciudadanos que eligieron, o pudieron haber elegido, a sus representantes, sino que se sabe que es imperativa, sea o no aplicada en la realidad. Sin embargo, al llegar a la costumbre no sólo aparece la jerarquía mínima y su carácter dispositivo sino que, además, como si ello fuera algo diverso de todo lo anterior, se pide que la colectividad donde mora la costumbre sea consciente de su imperatividad. Una y otra vez se explica que la práctica consuetudinaria debe estar «acreditada como uniforme, libre, generalizada y duradera reiteración, por necesidad caracterizada con el elemento espiritual de la «*opinio iuris*» sobre la obligatoriedad de su uso, como «convicción» o del «sentimiento» de que debe valer como norma jurídica»⁸.

³ El fundamento de la obligatoriedad de la costumbre ha sido una de las cuestiones más debatidas entre los civilistas, existiendo hasta seis teorías que la explican. Da cuenta de ello LOIS PUENTE, J.M., «Las normas jurídicas. Fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general», p. 135, en: DELGADO DE MIGUEL, J.F., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I. Personas, Volumen 1.º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

⁴ La STSJ Galicia, de 17 marzo 1998 [AS 1998/5049] habla de «uniforme, libre, generalizada y duradera reiteración».

⁵ SAN, de 16 mayo 1998 [AS 1998/2354]; STS (Civil), de 4 octubre 1982 [R] 1982/5537]; STSJ Cataluña, de 7 octubre 2004 [AS 2004/3474]; STSJ Andalucía, Málaga, de 9 marzo 2006 [JUR 2006/264449]; STSJ Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336]; STSJ Galicia, de 17 marzo 1998 [AS 1998/5049].

⁶ STSJ Andalucía, Málaga, de 24 octubre 2002 [JUR 2003/36343]; STSJ Valencia, de 4 octubre 2005 [JUR 2006/1370000].

⁷ Con esos o similares términos se expresa regularmente la doctrina judicial que aborda el tema; el entrecuillado puede verse en STSJ Andalucía (Málaga) 9 marzo 2006 [JUR 2006/264449].

En esos mismos parámetros, la SAN 16 mayo 1998 (AS 1998, 2354) abordaba los términos de la obligación patronal (Banca Privada) de abonar una paga por beneficios, razonando que «no basta para ello con la simple repetición de hechos, sino que debe concurrir un elemento externo, consistente en la repetición constante y uniforme de actos, y otro elemento interno, conocido como la «*opinio iuris*», consistente en la intención o convencimiento de estar dando vida a una norma jurídica de carácter vinculante».

⁸ En esos términos STSJ Galicia 17 marzo 1998 (AS 1998, 5049), respecto del abono de dietas.

¿No estaremos ante una petición de principio, de modo que se trata más de una característica implícita que de un requisito verdadero? Por eso no extraña que algunos pronunciamientos, aun cuando no hayan prescindido abiertamente de exigir la concurrencia de la «*opinio iuris*» e incluso en algunos casos se apoyen en tal extremo para su argumentación, lo cierto es que ponen especial énfasis en la demostración de la repetición de actos para declarar la existencia de la costumbre laboral siendo menos rigurosos con el análisis de la «convicción jurídica de obligatoriedad» de la misma⁹. ¿Cómo se acreditan los motivos de un comportamiento? ¿Es posible exigir una prueba específica de esta dimensión «espiritual»? ¿No existe la costumbre si los trabajadores creen que actúan en cierto modo porque así lo ordena la empresa, en lugar de porque así lo exige tal norma?

Todo estos interrogantes están en la base de esas posiciones objetivadoras, a veces reflejadas en las sentencias de forma implícita; en este punto hay que reiterar lo que anteriores estudios ya constataron tanto en los años ochenta¹⁰ cuanto con posterioridad¹¹. Es muy probable que esta tendencia no cambie en el futuro, ya que si bien en el plano teórico el doble plano de la costumbre es fácil de entender, su efectiva comprobación y valoración judicial desplaza inevitablemente la atención al factor objetivo. Debe tenerse presente que el elemento interno de la norma consuetudinaria se configura por una convicción *psicológica* de la colectividad sobre la exigibilidad de la norma acostumbrada, aspecto imposible de probar de manera directa por la parte interesada ni de llegar a captarse con total plenitud por el órgano jurisdiccional; por descontado, lo que se hace es

determinar su previsible existencia a partir de los datos fácticos acreditados, de modo similar a como sucede respecto de la buena fe o de cualesquiera otros conceptos referentes a una voluntad o elemento interno.

En todo caso, la demostración de la reiteración de conductas tienen una doble función en el proceso, probar explícitamente el elemento externo de la costumbre y asimismo servir de prueba indirecta o implícita de la «*opinio iuris*» ya que lo normal es que ésta se forme por el paso del tiempo en que se suceden los actos correspondientes, llegando a ser una certeza cuanto mayor es el período transcurrido con observancia de la conducta en cuestión¹². Se llega a la conclusión de que existe esta vertiente anímica a partir de datos fácticos externos; no se sostiene que haya una costumbre ignorada en la práctica porque se ha acreditado el *animus obligandi* en cierta colectividad sino, más bien, una vez acreditada la observancia de la conducta es cuando se determina su carácter normativo¹³.

No en vano, las sentencias que declaran la existencia de la costumbre laboral alegada suelen referirse a casos en los que el comportamiento así considerado se ha reiterado de manera inalterada por un lapso temporal extenso (hasta catorce o veinte años)¹⁴, llegando incluso algún pronunciamiento a dar

¹² Cabe destacar en este sentido la STSJ Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336] –sobre requisitos para beneficiarse de la «ayuda escolar»– en la que a partir de la prueba de la reiteración de actos durante un período considerable, en este caso, veinte años, se afirma que «por un lado, concurre el elemento de la repetición constante y uniforme de un acto y, en segundo lugar, la creencia de su obligatoriedad jurídica, porque... se han venido aplicando pacíficamente».

¹³ Por lo demás, tampoco puede pasar desapercibido que la propia reclamación judicial sobre la aplicación de lo que una de las partes considera costumbre laboral puede ser una manifestación de que la convicción de obligatoriedad está presente.

¹⁴ STSJ Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336]; STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 marzo 2000 [AS 2000/4003].

⁹ Como ejemplo de ello puede verse la STSJ Castilla y León, Burgos, de 30 junio 2005 [AS 2005/2576].

¹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., «Notas sobre la costumbre laboral», *REDT*, N.º 10, 1982, p. 204.

¹¹ ACUILERA IZQUIERDO, R., «La costumbre laboral y los usos de empresa», *AS*, N.º 7, 2000 (BIB 2000\512).

como acreditado que se trataba de una conducta repetida «desde tiempo inmemorial»¹⁵. No quiere decirse ahora que la costumbre requiere determinada duración temporal de los comportamientos en que consiste, sino que resulta mucho más probable tener como tal norma consuetudinaria una conducta que viene de tiempo atrás que otra sólo conocida recientemente.

Tampoco la medida del tiempo es igual para una costumbre de signo anual que para otra de observancia diaria. De hecho, algún pronunciamiento judicial muestra que la norma consuetudinaria puede surgir a pesar de la brevedad del tiempo transcurrido desde que se acredita su observancia (v.gr. cinco años) siempre que llegue a comprobarse un alto número de conductas homogéneas en dicho período¹⁶. Esto último permite aclarar que el requisito de reiteración o repetición debe recaer sobre la conducta misma y no sobre sus efectos; así por ejemplo la reiteración de una conducta por dos únicas veces no genera costumbre aunque sus efectos económicos a favor de los trabajadores se hayan proyectado durante diecinueve años¹⁷.

3. CARACTERIZACIÓN DE LA COSTUMBRE LABORAL

Con independencia de que la costumbre laboral, en cuanto perteneciente al género de las normas consuetudinarias, haya de venir integrada por las dos facetas ya reseñadas, con todas las salvedades que se han realizado, su pertenencia a un específico sector del ordenamiento jurídico explica que le sean predicables diversos atributos que la indivi-

dualizan. Tanto da que se considere esas notas como elementos caracterizadores cuanto que se examinen desde la óptica de los requisitos constitutivos de la costumbre; al fin y a la postre, ambos enfoques parecen acertados y concuerdan con las previsiones del Estatuto de los Trabajadores y del Código Civil.

3.1. Supletoriedad

Dejando a un lado el supuesto de las costumbres invocadas por normas legales o colectivas, que es objeto de consideración independiente más adelante, corresponde ahora analizar el rasgo de la supletoriedad, que nos enfrenta a una de las características más definitorias del modo en que nuestro legislador considera a la costumbre.

Conforme al artículo 3.4 ET «*los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales*», texto que consagra de forma inapelable su carácter máximamente supletorio:

- Por lo pronto, el recurso a la norma consuetudinaria presupone que estemos en presencia de una laguna o vacío no cubierto por cuantas normas de carácter escrito son aplicables.

Por decirlo de forma abierta: esta supletoriedad implica que las costumbres locales y profesionales, aunque sean «más favorables», no prevalecen respecto de las normas heterónomas o los instrumentos derivados de la autonomía colectiva o individual ya existentes¹⁸. Suele decirse que en este punto se ha producido un cambio cualitativo respecto a la antigua Ley de Contrato de Trabajo (1944), conforme a cuyo artículo 9.3 prevalecía la costumbre laboral más favorable respecto de los

¹⁵ STS] Madrid, de 18 enero 2000 [AS 2000/1166]. La STS] Galicia, de 5 octubre 1993 [AS 1993/4244] habla de costumbre «inveterada».

¹⁶ STS] País Vasco, de 10 julio 2007 [JUR 2007/365312].

¹⁷ STS] Cataluña, de 7 octubre 2004 [AS 2004/3474].

¹⁸ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., «La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma», *RL*, Tomo I, 1988 (La Ley 819/2001).

mínimos legales y convencionales. Pero si bien se piensa, nada impide que surja una costumbre cuyo contenido implique aumentar los beneficios contemplados en esos instrumentos; lo que ha de verse es si realmente eso es así o no; por descontado, cuando cualquier norma escrita se superpone a la consuetudinaria, la misma prevalece en todo caso y con independencia de su contenido (más o menos favorable). En consecuencia: el factor cronológico (fecha de génesis de las diversas normas) puede resultar crucial para determinar cómo ha de operarse.

No se olvide, además, que cuando los sujetos de la relación laboral discrepen sobre la existencia de un precepto aplicable al supuesto conflictivo, será el juzgador quien dirima la polémica realizando una tarea caso por caso que debe ser presidida por las reglas generales que disciplinan la aplicación e interpretación de las normas. En esa tarea ha de tenerse presente que, en cuanto norma poseedora de un contenido concreto, la consuetudinaria prevalece sobre los Principios Generales del Derecho, los cuales, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, «sólo se aplicarán en defecto de ley o de costumbre» (art. 1.4 CC).

- Huelga recordar que para dar paso a la costumbre invocada se debe atender no sólo a las normas heterónomas nacionales sino también a las Directivas Comunitarias y a los Convenios Internacionales ratificados por España por ser también parte del Derecho interno (art. 96 CE y art. 1.5 CC)¹⁹.

De todas formas en el Ordenamiento Jurídico actual existe una excepción a la regla general prevista en el ET, se trata de la Disposición Adicional Primera del Real Decreto

¹⁹ Así la STS de 23 diciembre 1991 [R] 1991/9097], acudiendo al art. 7 del Convenio 132 de la OIT salva una aparente laguna normativa sobre los conceptos específicos a incluir dentro de la paga por vacaciones.

1561/1995, de 21 de setiembre, sobre Jornadas Especiales de Trabajo²⁰, en la que se prevé que «las normas en materia de jornada establecidas por disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por convenios colectivos y contratos de trabajo o por costumbres locales y profesionales que fueran más favorables para los trabajadores que las establecidas en esta norma no se entenderán modificadas por lo dispuesto en la misma, subsistiendo en sus propios términos sin perjuicio de su ulterior modificación en la forma que en cada caso proceda». Aunque cabe aclarar que la excepción se produciría si a su vez sólo la norma consuetudinaria concurre con lo regulado en el Real Decreto de referencia, cuestión difícil de producirse cuando es el convenio colectivo el normalmente llamado a regular la jornada laboral, en cuyo caso prevalecerá la fuente convencional.

- No sólo ha de estarse ante un problema sin resolver de forma expresa, sino que por lo general se entiende que ha de tratarse de cuestión tampoco susceptible de ser resuelta mediante el recurso a la integración por analogía²¹.

Volvemos a estar ante un tema donde la teoría tampoco debe llevarse a sus últimos extremos. Puesto que una de las notas del ordenamiento jurídico es la plenitud y todo conflicto ha de contar con una solución, podría este enfoque (en principio aceptable, si se administra prudentemente) podría conducir al absurdo de que la Ley admite la existencia de un tipo de norma (costumbre) mientras que impide que concurra uno de sus presupuestos aplicativos (lagunas sin integrar, vacíos normativos).

²⁰ BOE 26.09.95.

²¹ STSJ Madrid, 24 mayo 2003 [AS 2000/3186]. LOIS PUENTE, J.M., «Las normas jurídicas. Fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general», p. 136, en: DELGADO DE MIGUEL, J.F., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I. Personas, Volumen 1.º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

- Dentro de las previsiones convencionales quedan comprendidos los convenios colectivos propios (estatutarios, de eficacia normativa) pero también los impropios (extraestatutarios, de eficacia contractual), pero también los pactos o acuerdos colectivos que se celebren en la empresa sin llegar a esa condición de convenio.
- La alusión, anfibológica y desafortunada pero clara, a las disposiciones contractuales, muestra a las claras el deseo legislativo de que los meros pactos individuales, originarios o sobrevenidos, puedan desplazar el tenor de la norma consuetudinaria.

A este respecto, dado el modo en que se gesta y concibe la negociación colectiva (equilibrios explícitos y tácitos), la determinación de cuándo se está ante un verdadero vacío normativo en ciertas ocasiones no es una labor sencilla; aunque parezca un tanto bizantino, puede pensarse que lo no regulado es porque se ha querido que permanezca en las condiciones normativas escritas (especialmente, el llamado *Derecho común del Trabajo*), sin dar paso a otras fuentes normativas de rango inferior. Ejemplifiquemos ello. Respecto de un convenio colectivo en el que se concedía una «ayuda escolar» indicando solamente los niveles de formación que iban a subvencionarse (centros universitarios experimentales, centros universitarios no experimentales, Institutos oficiales de idiomas, segundo curso de Bachillerato, etc.) y la cuantía de las compensaciones, se consideró que la especificación de los requisitos para beneficiarse de ella no era una cuestión regulada en la norma colectiva, por lo que dichos criterios podían establecerse por la costumbre como se reconoció en el caso²². Tal vez otro hubiera sido el resultado si el juzgador hubiera considerado que el convenio colectivo establecía un beneficio universal para los trabajadores sin necesidad ni posibilidad de restringirse estableciendo requisitos adicionales por la completa regulación en la materia. Se trae a colación este supuesto para mostrar lo resbaladizo del tema y su dependencia del modo en que se enfoque el asunto.

Conviene reiterar que la fórmula del art. 3.4 ET implica la primacía del pacto individual sobre la costumbre: en cuanto genera derechos y obligaciones para las partes del contrato laboral es la fuente de esas *disposiciones contractuales* contempladas en la Ley. De este modo, puede decirse que la autonomía individual posee facultades dispositivas sobre el contenido de una norma laboral como es la costumbre. Esto significa que la existencia de una norma consuetudinaria no impide el pacto de las partes en contrario, ni siquiera cuando éste sea menos ventajoso para el trabajador pues de la costumbre no surgen derechos indisponibles (art. 3.5 ET). Esta circunstancia refuerza la idea de que el valor de la costumbre es bastante limitado²³; muchas veces se alude a ella como norma residual. Ahora bien, si en determinado ámbito afectado por la norma consuetudinaria el pacto que modifica la costumbre no se ha realizado con todos los trabajadores, para el resto del personal seguirá siendo de aplicación la costumbre del lugar sin que la empresa pueda suprimirla unilateralmente²⁴.

El análisis de las sentencias que se ha llevado a cabo muestra el importante número de casos (en términos relativos) donde se discute respecto a costumbres surgidas a nivel empresarial. En general se admite la existencia de normas consuetudinarias con ese limitado radio, prestando atención al material probatorio y examinando si su aplicación es acorde con su carácter supletorio dentro de las fuentes del Derecho. Como el artículo

²² STSJ Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336].

²³ AGUILERA IZQUIERDO, R., «La costumbre laboral y los usos de empresa», AS, N.º 7, 2000 (BIB 2000/512).

²⁴ STSJ País Vasco, de 5 mayo 1998 [AS 1998/2298].

3.1.d) alude a los usos y costumbres que sean «locales y profesionales» podría cuestionarse la pertinencia de esa tesis tan flexibilizadora. Sin embargo, en este punto interesa más construir una sumaria tipología, agrupando en tres tópicos el modo en que suele enfocarse esta cuestión desde la óptica de la supletoriedad.

A) Supuestos en que se considera que la regulación escrita de determinada materia es incompleta, permitiéndose a la costumbre asumir esa función suplementaria.

En el caso antes expuesto de las ayudas al estudio es justamente lo que sucede: el convenio colectivo prevé las ayudas, pero silencia los requisitos para obtenerlas; el órgano judicial interpreta que la regulación escrita (norma emanada de la autonomía colectiva) es incompleta y que por vía consuetudinaria se ha suplementado, permitiendo así que resulte de aplicación la costumbre. De este modo, en la visión asumida, «no se deja sin efecto lo dispuesto en el... convenio colectivo» sino que la costumbre «lo complementa»²⁵.

Otro ejemplo real en que se aprecia similar juego es el del convenio colectivo previendo la existencia de «dos puentes al año» para los trabajadores pero sin señalar los días concretos de su disfrute; el órgano judicial, en lugar de entender que corresponde a cada trabajador determinar qué puente le corresponde, considera que cuando «los usos y costumbres dan sentido práctico al contenido de los términos del convenio, no lo hacen en contradicción de los mismos»²⁶. Como se observa, en este tipo de decisiones se entiende que la norma no cierra la regulación del tema, sino que las cuestiones omitidas por ella es que han quedado en la penumbra y, por lo tanto, son susceptibles de contemplación por parte de la

costumbre, sin que ello implique contrariar o restringir indebidamente el escenario inicial.

B) Casos en los que existen previsiones normativas que prescinden de la regulación de ciertos aspectos y se entiende que no cabe el surgimiento de costumbres al respecto, sino que compete al poder de dirección de la empresa esa tarea.

Por decirlo de este modo, aquí se imposibilita el surgimiento de la costumbre debido a que la determinación de lo «no regulado» se atribuye a la facultad organizativa empresarial, invocada ésta de manera genérica o acompañada de algún artículo concreto del ET:

- Ejemplo de lo primero se observa en un conflicto donde el trabajador invocaba la existencia de una costumbre de llamamiento a los fijos discontinuos por orden de antigüedad, la cual debía aplicarse ya que el convenio colectivo había desatendido la invitación del art. 15.8 ET para establecer las reglas sobre el particular. La sentencia, tras reconocer que la norma convencional no recogía un criterio determinado regulando el llamamiento y cese del personal fijo discontinuo, entiende que esto significa que la empresa «en ejercicio de sus potestades organizativas» podía actuar según lo creyera conveniente, sin que quepa invocar la costumbre que en el caso concreto ni siquiera pudo probarse²⁷.
- Decisiones judiciales que se sustentan en preceptos concretos del ET para impedir el juego de la costumbre podemos encontrar en temas sobre pago de salario y ascensos. Lo acaecido es que la empresa dejó de pagar los anticipos del salario a través de transferencia bancaria en vez de hacerlo en metálico, como

²⁵ STS] Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336].

²⁶ STS] Castilla y León, Burgos de 30 junio 2005 [AS 2005/2576].

²⁷ STS] Comunidad Valenciana de 4 octubre 2005 [JUR 2006/137000].

venía sucediendo; la sentencia entiende que la cuestión viene regulada por el art. 29.4 ET donde se señala que dicho pago «podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal, o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidad de crédito», así «de esta formulación legal se desprende, que corresponde al empresario» decidir alguna de las opciones sin existir obstáculos para que éste «por razones organizativas» utilice la modalidad bancaria «sin vulnerar por ello el art. 3. 1. d) y 4 del ET que constituye una norma de naturaleza supletoria, cuya aplicación no resulta posible cuando existe otra ley de carácter preferente».

- Cuando la contratación de un nuevo trabajador pretende enervarse por considerar que existe una costumbre por la cual ante un puesto vacante el empresario se encuentra obligado a realizar ascensos, eligiendo entre los trabajadores de la plantilla por criterio de antigüedad, la decisión judicial —a falta de convenio o acuerdo colectivo— es aplicar el art. 24 ET en el que *in fine* se indica que «en todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las *facultades organizativas* del empresario».

C) No faltan los supuestos en que se acepta el surgimiento de una costumbre, aún perjudicial para los intereses del trabajador (en el sentido de que le impone obligaciones hasta entonces inexistentes), y se advierte que posteriormente ya no puede quedar a merced de una de las partes su cumplimiento.

Por ejemplo, así sucede, cuando un trabajador realiza de manera habitual tareas adicionales a las de su categoría y en cierto momento decide cesar en ellas, considerando el empresario que se trata de una conducta de indisciplina porque tales funciones (*rectius*, la obligación de desempeñarlas) se han

consolidado como norma consuetudinaria. Las sentencias a que se alude observan las funciones que el convenio colectivo asigna a cada sujeto en atención a su clasificación profesional, comprueban que en realidad asumen también labores «extras» correspondientes a otra categoría y recuerdan la supletoriedad de la norma consuetudinaria frente a las demás fuentes de la relación laboral: «si el Convenio Colectivo, ... expresamente atribuye a una categoría profesional la realización de una tarea concreta, el hecho de que habitualmente tal tarea sea consumada por quien ostenta otra distinta, no puede determinar la conclusión de que lo dispuesto en aquella norma, de obligado cumplimiento..., queda derogada, carece de eficacia, ya no es invocable como derecho del empleado, en cuanto, por contra a esa disposición normativa, aquel hecho, por su habitualidad, ha generado una costumbre, cuya aplicación concreta e individualizada puede ser exigida por el empresario como deber laboral del trabajador»²⁸.

Desde perspectiva análoga, se resuelve en el mismo sentido añadiendo que se trata de un caso regulado por el art. 39 ET donde constan las reglas para efectuar movilidades funcionales dentro de la empresa²⁹. O bien se argumenta que cuando no existe precepto alguno que recoja la obligación de realizar esas tareas adicionales y tampoco implican una variación de categoría profesional, ha de concluirse que esa práctica de ampliar las funciones se ha convertido en norma consuetudinaria, siendo sólo el empresario quien puede eximir al trabajador de su realización³⁰.

²⁸ Con idéntico argumento: STS de 18 noviembre 1985 [RJ 1985/5798] y STS Extremadura, de 5 octubre 2004 [AS 2004/2838]. También *vid.* STS Andalucía, Málaga, de 26 marzo 2004 [AS 2005/1235].

²⁹ STS Andalucía, Sevilla, de 6 febrero 2001 [AS 2001/2921].

³⁰ STS Madrid, de 18 enero 2000 [AS 2000/1166].

3.2. Carácter local y profesional

Además de tener presente el juego de la supletoriedad, con todos los matices que se ha expuesto, la costumbre debe ser *local* (art. 3.1.d ET). Las sentencias analizadas arrojan poca luz sobre este requisito; una mayor concreción deriva del examen de lo expuesto por la doctrina científica. Tal carácter local obedece a la idea según la cual la propia definición de lo consuetudinario comporta observancia real en el colectivo al que se trata de imponer³¹. Por ello incluso tras la reforma de 1974 del CC por la que se omitió este requisito para la «costumbre civil» –modificando el art. 6 que exigía explícitamente que la costumbre fuese «del lugar»–, los autores han defendido que a pesar del cambio normativo debe probarse que la norma consuetudinaria es practicada en el «lugar» donde se invoque y pretenda aplicarse³². La intermediación geográfica entre el lugar (o lugares) donde se desarrolla la relación laboral y la zona geográfica donde se acredita la virtualidad de la norma consuetudinaria parece lógica, e incluso para algunos estudiosos no hace falta explicitarla porque va implícita en su propia conceptualización.

Es claro, sin embargo, que cabe pensar en trabajadores desplazados temporalmente a un ámbito geográfico donde la costumbre de origen sea diversa (o inexistente) y viceversa, interesando a cualquiera de las partes la invocación de una u otra costumbre. Eso pone sobre la pista de que tampoco conviene adoptar posiciones intransigentes respecto del carácter local, sino que más vale realizar una razonable apreciación acerca de su sentido.

³¹ En este sentido la doctrina científica recuerda que puede «existir una costumbre común a varias o muchas localidades pero sólo es fuente aquella que realmente exista en la localidad en que se quiera aplicar». ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.^ªE., *Derecho del Trabajo*, 25.^ª Ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 966.

³² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Vol. I, 15.^ª Ed., Bosch, Barcelona, 2002, pp. 103-105; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 22.

En principio y con carácter general, la costumbre deberá ser comprobada en el lugar en que se presten los servicios, en virtud del principio de territorialidad que preside la aplicación de las normas laborales; pero interesa en este punto recordar que las partes puedan pactar otra cosa, siendo muy recomendable que la disposición acerca del contenido de la costumbre sea el cauce para resolver el problema.

Algún sector doctrinal avanza la hipótesis de que la costumbre a probar sea más bien la del lugar de celebración del contrato, «si éste coincide con el domicilio común del trabajador y empresario contratantes, pues si esta concurrencia, referida a la nacionalidad, ha servido para que el art. 1.4 ET derogara parcialmente el art. 10.6 CC, sobre ‘aplicación de la ley del lugar donde se prestan los servicios’, para casos de conflicto internacional de leyes, no parece que principio similar pueda dejar de jugar si referido a norma interna ‘localizada’, como la costumbre lo es»³³.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, cabe preguntarse por el ámbito geográfico concreto al que se puede considerar como «lugar» de la costumbre, pues puede coincidir que un determinado aspecto de la relación laboral tenga un tratamiento distinto en el pueblo, comarca y región respectivos considerando que en todos ellos igualmente es donde se prestan los servicios o se ha celebrado el contrato según el caso, así la parte interesada podría alegar cualquiera de ellas surgiendo la incertidumbre en este punto. En tales supuestos debería prestarse atención a la práctica que efectivamente se siga en la empresa. En todo caso si permanece la duda se aplicará la costumbre cuando sea «norma más favorable»³⁴, entendiéndose que sólo concurren costumbres.

³³ ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, p. 100.

³⁴ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 13.^ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 107.

Un rasgo verdaderamente específico de la costumbre laboral y que la diferencia de la regulada en el art. 1.3 CC es que debe ser *profesional* –art. 3.1.d) ET–. Este requisito ha de concurrir necesariamente con el anterior; del mismo modo que la costumbre de una localidad no puede ser válidamente alegada en otra, la costumbre observada en una profesión tampoco puede ser invocada fuera de ella³⁵. Nótese que cuando la Ley aborda el tema de la clasificación profesional opta por referirse a grupos y categorías profesionales, mientras que ahora se pide la observancia de la costumbre en un ámbito más difuso, sin duda alguna evitando que interpretaciones estrictas de esta exigencia lleven al absurdo. Así las cosas, de hecho, la doctrina científica y judicial identifican tal rasgo con la observancia en una rama concreta de producción, pero también en determinado oficio o profesión³⁶.

Entre las sentencias analizadas son pocas las que reconocen la existencia de costumbres laborales propiamente dichas –locales y profesionales–; esa escasez tal vez se deba a que los pleitos versan básicamente sobre supuestas «costumbres de empresa», cuestión que se analiza más adelante. Veamos tres señalados supuestos:

- La más conocida de todas es la ya mencionada costumbre en el sector de hostelería (departamentos de restaurantes y bares) de que los trabajadores que tengan contacto con los clientes «deben permanecer afeitados, sin bigote ni barba»³⁷.

- En otro pronunciamiento se deja constancia de que «existe en el puerto de Pasaia, la costumbre de que los pescadores de cubierta de los barcos de pesca de arrastre al fresco retiren las kokotxas de los pescados que capturan, tras eviscerar los mismos en la cubierta del buque, y posteriormente lleven estas kokotxas a sus casas para consumo propio o para su venta a comerciantes interesados»³⁸.
- Asimismo, se declaró probado que existía en el Puerto de Vigo la costumbre inveterada de incluir como gastos deducibles del «Monte Mayor» la carnada y la manutención; e igualmente el importe de las cuotas de la Seguridad Social, como contrapartida de una mayor participación de los trabajadores en el importe de la venta de la pesca³⁹.

En sentencias veteranas pueden hallarse otros supuestos: «es costumbre general en la comarca a la que pertenece el término... que los encargados de fincas rústicas con casa habitación pernocten en dicha vivienda al objeto de mejor atender las tareas de su cometido»; asimismo consta «la costumbre observada en la industria textil referente a los trabajadores denominados semanales, por fijado su salario por semanas, los cuales durante su enfermedad seguirán percibiendo íntegro su salario al ser sustituidos por sus compañeros de trabajo, sin que la empresa tuviera que contratar suplentes», entre otras⁴⁰.

3.3. Prueba de la costumbre

Para el triunfo de cualquier pretensión procesal basada en la costumbre es necesario

³⁵ *Ibid.*, p. 106.

³⁶ ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.³.E., *Derecho del Trabajo*, 25.^a Ed., Civitas, Madrid, 2008, p. 966. También la STS Andalucía, Málaga, de 24 octubre 2002 [JUR 2003/36343] concuerda el elemento de profesionalidad de la costumbre con «un determinado oficio o profesión».

³⁷ STS de 12 febrero 1986 [R] 1986/749], resolución confirmada por la STC 170/1987, de 30 octubre 1987 [RTC 1987/170].

³⁸ STS País Vasco, 5 mayo 1998 [AS 1998/2298].

³⁹ STS Galicia, de 5 octubre 1993 [AS 1993/4244].

⁴⁰ Ver la referencia de sentencias y otras costumbres declaradas, en: SEMPERE NAVARRO, A.V., «Notas sobre la costumbre laboral», *REDT*, N.º 10, 1982, p. 214-215.

que el uso local y profesional sea alegado y demostrado, exigencia derivada tanto del art. 1.3 CC cuanto del art. 281.2 LEC. Este último precepto indica que si bien la prueba tiene como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener, también será objeto de prueba la costumbre. A su vez, «la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público».

Por tanto, no rige para la costumbre el principio *iura novit curia*⁴¹ debido a que el juzgador, a diferencia de lo que ocurre con las normas legales o reglamentarias, no tiene fácil acceso al conocimiento de una norma consuetudinaria que rige y se aplica sólo para el grupo social que le da vida⁴². Ahora bien, dicha prueba «no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público» (art. 281.2 LEC).

Acerca de esta exigencia, la línea marcada por la doctrina judicial es tan firme e inflexible como abundantes los casos en que se reitera. Sobre todo se menciona expresamente y recuerda dicho requisito cuando la parte interesada no ha podido probar la existencia de la norma acostumbrada⁴³:

⁴¹ Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I., 11.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 135.

⁴² Tal como señala la STSJ Valencia, de 29 mayo 1996 [AS 1996/1615] el principio *iura novit curia* «se circunscribe a las normas escritas que, forman el derecho escrito, interno y general, es decir, el obligado conocimiento de la norma jurídica por el órgano jurisdiccional, no se extiende a la costumbre y usos de empresa (art. 1.3 del Código Civil), que deberán ser probados por quien los alega».

⁴³ STS de 11 mayo 1987 [RJ 1987/3674], SAN de 16 mayo 1998 [AS 1998/2354], STSJ Andalucía, Sevilla, de 6 febrero 2001 [AS 2001/2921], STSJ Valencia, de 4 octubre 2005 [JUR 2006/137000]; STSJ Galicia, de 17 marzo 1998 [AS 1998/5049]; STSJ Valencia, de 29 mayo 1996 [AS 1996/1615]; STSJ Cataluña, de 18 mayo 1995 [AS 1995/1978]; STSJ Andalucía, Málaga, de 9 marzo 2006 [JUR 2006/2644449].

- «La costumbre, en tanto fuente jurídica, lo es de segundo orden, determinando ello que, caso de existir norma aplicable directamente o por analogía, se aplique ésta en primer término y quede nihilizada aquélla [...]. Por ende, la costumbre exige prueba, además de alegación; y, desde luego, nada se probó al respecto por quienes –artículo 1214 del Código Civil citado– en la costumbre alegada tenían interés»⁴⁴.
- Resulta imposible tener por vulnerada una costumbre [abonar una indemnización de 20 días de salarios por año trabajado en el supuesto de extinción de los contratos de validez restringida concedidos a trabajadores marroquíes en Melilla] cuando «no obran en los autos elementos en los que pudiera apoyarse la pretensión del recurrente»⁴⁵.
- «Aun cuando el uso y costumbre profesional sea fuente de las obligaciones laborales, para su aplicación las mismas han de ser probadas»⁴⁶.
- Al hilo del orden en los llamamientos a los fijos discontinuos se ha advertido que no cabe invocar la costumbre pues observar un orden con carácter habitual

⁴⁴ STS Madrid, de 24 mayo 2000 [AS 2000/3186]. Se trataba de decidir si la postura empresarial manifestada de requerir el conocimiento de determinados idiomas –preferentemente inglés, más un segundo adicional concretado en francés o alemán– a quienes de entre sus empleados optasen por concurrir a la selección para concretos puestos de trabajo –ocho jefaturas de vestíbulo y sector, todas ellas de nueva creación, en la estación del aeropuerto de la línea ocho del metro–, constituye o no un sobrepasamiento de las normas laborales en este tipo de concursos o selecciones, manteniendo, en esencia, los sindicatos demandantes que sólo el criterio de la mayor antigüedad es el contemplable, postura negada por la empresa, que sostiene la posibilidad y legalidad de tal exigencia adicional.

⁴⁵ STS de 11 mayo 1987 [RJ 1987/3674].

⁴⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 6 febrero 2001 (AS 2001, 2921), respecto de las funciones propias de determinada categoría profesional.

«no es por suficiente para que nazca una costumbre como auténtica fuente del derecho (art. 3.4 ET), no habiendo resultado probada»⁴⁷.

- La imposibilidad de aportar nuevos medios probatorios a través de los recursos extraordinarios (salvo hipótesis excepcionadísimas) provoca que si en la instancia no se ha acreditado su tenor resulte difícilmente invocable; «la invocación de la costumbre como reguladora de la relación jurídica exige conforme a lo prevenido por el número 3 del artículo 1 del Código Civil que resulte probada y en ningún lugar de los constatados como tales en la resolución de instancia se alude ni recoge como tal la invocada por el recurrente»⁴⁸.

Cómo deba probarse la costumbre dependerá de cada caso, pues a tal fin se admiten todos los medios previstos en las leyes, quedando al arbitrio de los interesados la elección de aquellos que sean suficientes para provocar en el juzgador la convicción de la existencia, el contenido y el alcance del uso e impedir que la demostración sea destruida por otros medios más contundentes. En último término, es claro que compete al órgano jurisdiccional que conoce sobre los hechos debatidos la tarea de determinar si quedó acreditado o no el pretendido uso, a cuyo efecto la cuestión viene sujeta a la libre apreciación que de las pruebas realice. La amplitud de los medios probatorios tiene especial importancia en este tema desde el momento en que debe persuadirse al operador jurídico de que concurren los dos elementos de la costumbre, cuestión complicada —como ya se comentó— cuando se trata de la *opinio iuris*.

4. TIPOLOGÍA

Son muchos los puntos de vista desde los cuales podría clasificarse la costumbre laboral, atendiendo a su ámbito geográfico, personal o temporal, al modo en que interacciona con los convenios colectivos, a su relevancia material, carácter pacífico o litigioso de la aplicación, etc. Probablemente, lo más pragmático sea acoger la tipología que se utiliza con mayor frecuencia para clasificar la norma consuetudinaria en general, la cual toma como punto de mira su relación con las disposiciones de producción estatal: *contra, praeter y secundum legem*.

Comencemos aludiendo a la costumbre cuyo contenido es contradictorio respecto de la norma escrita, denominada costumbre *contra legem*. Esta costumbre ilegal carece de interés en sí misma considerada debido a que posee nula eficacia jurídica sobre las relaciones de trabajo. Ya se advirtió que el sentir mayoritario conduce a sostener que el carácter supletorio de la norma consuetudinaria impide que una determinada práctica, aunque sea más ventajosa para los trabajadores, pueda calificarse como costumbre si existe alguna regulación. Los casos judiciales más interesantes al respecto giran sobre la duda de si existe una regulación sobre la materia conflictiva que impida verdaderamente el juego de la costumbre, y se expusieron al analizar el carácter supletorio de la costumbre laboral. Si de manera general es inadmisibles una costumbre *contra legem* (art. 1.3 CC), en el ámbito laboral *se duplica* esa consecuencia cuando se trate de una práctica vulneradora de preceptos de Derecho necesario y contraria a derechos de carácter irrenunciable (art. 3.5 ET)⁴⁹.

⁴⁷ STSJ Comunidad Valenciana de 4 octubre 2005 [JUR 2006/137000].

⁴⁸ STSJ Cataluña 18 mayo 1995 (AS 1995, 1978).

⁴⁹ Ejemplo de ello puede verse en la STSJ Castilla-La Mancha, de 30 julio 2004 [JUR 2004/243288], en ésta se rechaza una supuesta costumbre local en la actividad de la construcción por la cual el empresario daba de baja a sus trabajadores en la Seguridad Social coincidiendo con el tiempo de duración de la Feria de Alba-

A la costumbre que discurre en la misma dirección que la norma (estatal, internacional, comunitaria, autonómica o convencional, legal o reglamentaria) se le denomina *secundum legem* o *propter legem*. Son prácticas producidas de conformidad con una ley y que van fijando una determinada manera de entender la misma, por ello también se les denomina «costumbre interpretativa». Sin embargo, el hecho de que una determinada manera de interpretar la ley venga favorecida por la costumbre no significa que sea vinculante, pues los jueces y Tribunales conservan su libertad para aplicar e interpretar las leyes con arreglo a los criterios hermenéuticos generales⁵⁰. Por tanto, los operadores jurídicos no pueden imponer a los tribunales la forma en la que han de interpretar la Ley⁵¹, pues los órganos jurisdiccionales están sometidos a la Ley y no al modo en el que es habitual interpretarla⁵²; de ahí que este tipo de prácticas carezcan de valor normativo⁵³ sin perjuicio, por supuesto, de que la interpretación derivada de tales prácticas coincida con

cete, pues se trata de una práctica empresarial claramente «contraria a disposiciones legales vigentes de derecho necesario como la recogidas en el ámbito del contrato de trabajo (art. 3.5 del ET en relación con el art. 15 de dicho texto legal), y en el terreno de las obligaciones de Seguridad Social, pues la Ley General de la Seguridad Social establece la obligatoriedad de la cotización (art. 15)» incluyendo en como fundamento que «tampoco se puede transigir sobre los derechos de la Seguridad Social (art. 24), siendo irrenunciables los derechos de Seguridad Social en los términos establecidos en el art. 3 del citado texto legal)». Vid. también el rechazo de prácticas por ser «contra legem», STS de 23 diciembre 1991 [RJ 1991/9097]; STSJ Valencia, de 16 junio 2005 [JUR 2005/207580].

⁵⁰ Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I., 11.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 136. En sentido similar, ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Vol. I, 15.ª Ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 106.

⁵¹ STSJ Castilla La Mancha (Contencioso-Administrativo) de 12 abril 2002 [JUR 2002/173108].

⁵² STS de 28 abril 1998 [RJ 1998/3263].

⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 22. También STSJ Galicia, de 5 octubre 1993 [AS 1993/4244].

la efectuada por el juzgador, en cuyo caso la «costumbre *secundum legem*» no crea otra norma, no es fuente de Derecho, sino mera interpretación de la prescripción jurídica contenida en la fuente preexistente (fuente legal)⁵⁴.

Finalmente, la norma consuetudinaria que regula situaciones sobre las que existe un vacío normativo responde al concepto de costumbre en sentido estricto, normalmente designada como costumbre *praeter legem* o *extra legem* y a ésta son aplicables los requisitos anteriormente considerados. El ordenamiento jurídico sólo admite este tipo de costumbre a no ser que la propia Ley u otro recurso normativo permita algo distinto (art. 3.4 ET). En la doctrina judicial se ha hecho referencia a la costumbre *praeter legem* enfatizando el ámbito limitado de la costumbre en el Derecho Administrativo, en concreto cuando la Administración Pública es el empleador precisando que éste «no es sujeto apto para generar con su comportamiento una costumbre como fuente del derecho, como la que generan los grupos sociales, dada su estricta sujeción a la Ley y al reglamento y la, al menos en teoría, racionalidad y ultraformalización de su actividad»⁵⁵.

5. COSTUMBRE LABORAL Y USOS DE EMPRESA

A tenor del CC, los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán también la consideración de costumbre (art. 1.3 CC); sin

⁵⁴ ALBALADEJO, M., *Op. Cit.*, p. 106.

⁵⁵ STSJ Castilla-La Mancha, de 12 abril 2002 [JUR 2002/173108]. En materias donde la Administración Pública no actúa como empleador se da el mismo mensaje señalando que respecto «de la costumbre «*praeter legem*» o «*extra legem*», hay que prestar atención únicamente a aquellas situaciones nacidas al margen de la actividad de la Administración». Vid. SSTS (Contencioso-Administrativo) de 10 enero 1995 [RJ 1992\527] y 25 mayo 1995 [RJ 1992\4444].

embargo, en la esfera laboral carece de virtualidad la diferenciación entre usos y costumbres, términos que son usados indistintamente por la legislación como por ejemplo en los arts. 3.1.d); 3.4; 20.2; 29.1 ET⁵⁶.

Esta afirmación no se extiende a los «usos de empresa», circunscritos al ámbito indicado por su propia denominación, pues se trata de simples comportamientos de hecho que no llegan a constituir fuentes de Derecho, sino medios probatorios o interpretativos de los contratos de trabajo. La doctrina científica considera a los usos de empresa como «usos interpretativos» consistentes en prácticas sociales observadas de manera habitual, pero en las que falta el elemento espiritual de la conciencia de obligatoriedad⁵⁷. Nótese que estos usos de empresa propiamente dichos tienen el componente de reiteración con el que cuenta la costumbre, por ello podría surgir la duda –y en la práctica así se plantea– de que esa reiteración de conductas con el tiempo pueda cambiar la naturaleza de tal uso convirtiéndose en una «costumbre de empresa» por haberse integrado a aquél la *opinio iuris*.

Pero lo más probable es que nuestro ordenamiento no haya querido consentir tal «transformación» de uso a costumbre pues, como ya se expuso, la costumbre laboral sólo puede ser local y profesional (art. 3.1.d ET); la alusión a la profesionalidad equivaldría a la superación de las fronteras propias de una empresa⁵⁸. De ahí la afirmación de que la costumbre laboral se aplica «a una colectividad profesional más larga que la empresa» y en

relación a una localidad determinada⁵⁹. Nuevamente hay que poner en guardia respecto de las posiciones muy drásticas; varias empresas de un solo trabajador podrían considerarse ámbito adecuado para la generación de la norma consuetudinaria, mientras que una sola empresa con multitud de empleados (incluso varios centros de trabajo) ya no podría servir de escenario a tal efecto.

En parte por esa objeción, en parte por la propia dinámica de la costumbre, lo cierto es que a esa razón general sobre la imposibilidad de que surjan en la empresa se unen otras más específicas, dependiendo de la clase de práctica empresarial en cuestión. Cabe destacar que los usos de empresa suelen traducirse en alguna ventaja o concesión que el empresario otorga de manera unilateral a sus trabajadores por encima de lo previsto en las normas legales o colectivas. Si se tiene en cuenta que la costumbre laboral –por su carácter supletorio– sólo surge en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales (art. 3.4 ET), queda descartada de plano la posibilidad de calificar dicha práctica como norma consuetudinaria ya que se estaría ante una costumbre *contra legem*, por tanto carente de validez, incluso aunque se trate de un beneficio para los trabajadores⁶⁰.

Por otra parte, un uso de empresa puede consistir en una conducta de los trabajadores relacionada con la ejecución de sus labores sin que signifique un beneficio añadido, como se ha visto por ejemplo cuando se realizan tareas más allá de las que marca el convenio colectivo para la categoría profesional que se trate. Si llega a entenderse que este tipo de prácticas pueden generar costumbres, se

⁵⁶ En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A., *Op. Cit.*, p. 105.

⁵⁷ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 18.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2009, p. 131.

⁵⁸ En el mismo sentido, SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., «Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo», *AL*, Tomo II, 1998 (La Ley 2554/2001). STSJ Andalucía, Málaga, de 24 octubre 2002 [JUR 2003/36343].

⁵⁹ MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., «La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma», *RL*, Tomo I, 1988 (La Ley 819/2001).

⁶⁰ *Ibidem.*; AGUILERA IZQUIERDO, R., *Op. Cit.* (BIB 2000/512). También, STSJ Madrid, de 25 marzo 2009 [JUR 2009/260245]; STSJ Andalucía, Málaga, de 24 octubre 2002 [JUR 2003/36343].

estaría trastocando la misma función del Derecho del Trabajo que pretende regular una relación jurídica asimétrica para evitar excesos de una de las partes o que sólo una de ellas marque el contenido obligacional del vínculo laboral como ocurriría en dichos casos. Asimismo, como bien ha señalado la doctrina judicial, la manera de producirse esa supuesta costumbre es incompatible con la esencia de las normas acostumbradas ya que derivan del «libre juego de los sujetos sociales» y no de una imposición como sucede con estos usos de empresa donde el empresario es quien dirige y ordena la actividad de los trabajadores subordinados a él⁶¹.

Centrando la atención en el supuesto más común, es decir, el uso de empresa que comporta una ventaja añadida para los trabajadores interesa aclarar que una cosa es que no pueda alcanzar la categoría de costumbre y otra muy distinta que el empresario se encuentre impedido de realizar estas prácticas. La doctrina judicial mayoritaria concibe a tales usos como «condición más beneficiosa de disfrute colectivo»; para que ésta se reconozca debe existir una repetición o permanencia en el tiempo de la ventaja concedida por el empresario, no se trata por tanto de una obligación impuesta desde fuera como en el caso de la costumbre local y profesional sino que surge en el ámbito empresarial y por iniciativa del empresario⁶²; aunque tal como sucede con la norma consuetudinaria la reiteración es sólo un indicativo, para hablar realmente de una condición más

beneficiosa se exige «que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la Ley o en el Convenio. Es preciso que se dé la intencionalidad empresarial o voluntad de mejorar y conceder un beneficio»⁶³. En tales casos el TS habla de un uso de empresa «normativo» al que describe como «una especie de convenio tácito al que la doctrina y decisiones jurisdiccionales vienen a otorgar el carácter de fuente, al ver en el mismo una condición beneficiosa que se inserta en el sinalagma de la relación laboral existiendo un círculo razonable de afectados en que concurre una repetición de conductas que va más allá de lo meramente interpretativo»⁶⁴.

Si bien la condición más beneficiosa de disfrute colectivo también requiere una constancia en el tiempo como en el caso de la norma acostumbrada y de una especie de «conciencia de obligatoriedad» empresarial —que debe demostrarse—, la diferencia fundamental entre ambas recae en sus efectos⁶⁵, de ahí la relevancia y utilidad práctica del análisis precedente sobre cuál es la categoría jurídica de los usos de empresa que dejan de ser meramente interpretativos para tener la fuerza de obligar.

Pero el tema posee muchas aristas y las cosas no están del todo claras, como bien puede comprobarse examinando algunos criterios judiciales:

- En ocasiones no se descarta la posibilidad de reconocer «costumbres de empresa» pues si bien la pretensión se rechaza por falta de prueba y/o por la existencia de una regulación pública o privada que regula la materia en conflicto, se omite como fundamento para tal desestima-

⁶¹ STSJ Madrid, de 25 marzo 2009 [JUR 2009/260245]: «Los usos o prácticas de empresa no convalidan necesariamente la actuación empresarial, por la potísima razón de que el empresario está en posición de dirección, y los trabajadores en relación de dependencia, con lo que no se crea derecho consuetudinario, derivado del libre juego de los sujetos sociales, en posición de igualdad, sino que la parte fuerte o preeminente en la relación contractual impone unos criterios o condiciones, no necesariamente ajustados a la legalidad».

⁶² MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., «La condición más beneficiosa...», cit. (La Ley 819/2001).

⁶³ Entre otras muchas, SSTS de 7 junio 1993 [R] 1993/4544 y de 30 diciembre 1998 [R] 1999/454.

⁶⁴ STS de 8 marzo 1984 [R] 1984/1535.

⁶⁵ Al respecto, un detallado estudio comparativo en: AGUILERA IZQUIERDO, R., *Op. Cit.* (BIB 2000\512).

ción que las costumbres sólo pueden ser locales y profesionales como manda el ET⁶⁶.

- Otras sentencias declaran la existencia de una costumbre de ámbito empresarial invocando incluso el art. 3.1 ET. Así, se considera consolidada como costumbre empresarial la modificación de la distribución de la jornada durante épocas estivales, sorprendentemente no se menciona en absoluto el art. 41.2 ET que impide en tal materia –jornada– alteraciones unilaterales⁶⁷.
- En otro supuesto la conducta empresarial se declara norma consuetudinaria tras haber comprobado la falta de requisitos para reconocer una condición más beneficiosa; en este particular caso tal vez la decisión final se vio influenciada por la contraprestación ventajosa que estaba por medio (recibir una indemnización tras haber sufrido una Incapacidad Permanente Total)⁶⁸.
- Asimismo, se reconoce la existencia de una de empresa aunque la práctica perfectamente podía haberse reconducido a una condición más beneficiosa colectiva (complemento del subsidio por Incapa-

cidad Temporal tras accidentes), en este conflicto la parte interesada sólo alegó la existencia de «costumbre» y eso se ciñe la solución judicial⁶⁹.

- Por último, no faltan sentencias que a pesar de utilizar el término «usos de empresa» en realidad se están refiriendo a una condición más beneficiosa de disfrute colectivo⁷⁰.

6. LA COSTUMBRE «ACOGIDA»

Para finalizar, conviene realizar unas breves anotaciones sobre las costumbres que cuentan con una «recepción o remisión expresa» (art. 3.4 ET).

Para mayor claridad sobre los supuestos mencionados debe entenderse por recepción de una norma acostumbrada la mención detallada de la conducta o práctica que la constituye, se trata de una alusión descriptiva de la costumbre en la fuente respectiva –legal, reglamentaria, convencional, contractual, de Derecho nacional, europeo o internacional–. La particularidad de estas normas consuetudinarias de «recepción expresa» es que al estar recogidas textualmente no

⁶⁶ Vid. STSJ Cataluña, de 7 octubre 2004 [AS 2004/3474]; STS de 23 diciembre 1991 [R] 1991/9097]; SAN de 16 mayo 1998 [AS 1998/2354]; STSJ Extremadura, de 5 octubre 2004 [AS 2004/2838]; STSJ Madrid, de 24 mayo 2000 [AS 2000/3186]; STSJ Andalucía, Sevilla, de 6 febrero 2001 [AS 2000/2921]; STSJ Andalucía, Málaga, de 9 marzo 2006 [JUR 2006/264449]; STSJ Valencia, 4 octubre 2005 [JUR 2006/137000]; STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 marzo 2004 [AS 2005/1235]; STSJ Galicia, 19 mayo 2005 [JUR 2006/82157]; STSJ Cataluña, de 18 mayo 1995 [AS 1995/1978].

⁶⁷ STSJ Andalucía, Sevilla, de 16 marzo 2000 [AS 2000/4003]. Otros ejemplos en: STSJ Castilla y León, Burgos, de 30 junio 2005 [AS 2005/2576]; STSJ Andalucía, Sevilla, de 3 mayo 2007 [JUR 2007/367336]; STSJ de 18 enero 2000 [AS 2000/1166].

⁶⁸ STSJ País Vasco, de 10 julio 2007 [JUR 2007/365312]. La STSJ Andalucía, Sevilla, de 31 enero 2008 [JUR 2009/150338].

⁶⁹ STSJ Andalucía, Sevilla, de 31 enero 2008 [JUR 2009/150338].

⁷⁰ STSJ Valencia, de 4 abril 2006 [AS 2006/2704] en ésta se reconoce como beneficio que «cuando un trabajador está en situación de incapacidad temporal, a la finalización de dicha situación, disfruta de las vacaciones correspondientes a todo el período de duración de dicha situación incluso cuando no haya prestado servicios en un año natural». Cabe mencionar a la STS 20 febrero 1991 [R] 1991/854], aunque se reconoce la existencia de un derecho adquirido e introducido en el sinálgama de la relación laboral se habla de la posibilidad de una modificación unilateral del empresario cambiando la tendencia hasta ese momento –que era la de no dar mayor relevancia a las faltas de puntualidad y asistencia que la de originar descuentos en el salario–, alteración incompatible con una condición más beneficiosa. En otro caso prácticamente idéntico, la STS 20 enero 1987 [R] 1987/82] reconoce que se trata de una simple conducta tolerada por el empresario.

requieren de comprobación judicial y por tanto rige para el juzgador el principio *iura novit curia* por tratarse de una norma escrita. En las disposiciones legales no suele encontrarse este tipo de referencia más bien se ubican en cláusulas de convenios colectivos. Como muestras se tiene:

- CC. de Prensa Diaria (BOE 18.12.08), por el que se dispone que en «ningún caso, *dada la costumbre existente en el sector*, los descansos correspondientes a los festivos de los días 25 de diciembre, 1 de enero y Viernes Santo tendrán la consideración de laborables».
- CC. de Grandes Almacenes (BOE 05.10.09), a propósito de la concesión de un beneficio, reconoce como costumbre inveterada existente en el sector la obligación de los trabajadores de utilizar uniforme cuando su actividad se realice en contacto con el público.
- CC. de Auto-Taxis (BOE 16.05.09), se declara en el apartado de liquidación y forma de pago que «*manteniendo la costumbre establecida en este sector*, las empresas, al recibir la recaudación, según los correspondientes partes entregarán a el/la trabajador/a, diariamente de salario, incentivo y demás complementos salariales, debiendo ser consideradas tales entregas como a cuenta de la liquidación definitiva que al final de cada mes se practicará por la empresa en las hojas oficiales de salarios siéndole deducida en la misma, las aportaciones que legalmente correspondan satisfacer a el/la trabajador/a».
- CC. de Espectáculos Taurinos (BOE 15.04.06), se reconoce como práctica del sector que si «el espada contratado o alguno de los integrantes de su cuadrilla se lastimasen o fueren heridos en el transcurso de la lidia, serán sustituidos por sus compañeros recibiendo aquellos, no obstante, su ajuste total, los

compañeros sustitutos, en este caso, desarrollarán su labor sin opción a suma suplementaria alguna, ya que, en justa correspondencia, y para males casos desgraciados, todos los profesionales se imponen, *según es costumbre, idéntica obligación*».

Por otra parte, las costumbres de «remisión expresa» son las que aparecen en el texto normativo o contractual mediante una referencia genérica. Son abundantes los ejemplos en el ordenamiento jurídico y en concreto en el laboral. Sólo por citar algunos:

- El art. 29.1 ET respecto a la liquidación y pago del salario señala que éstos se harán de manera «puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres».
- El art. 49.1.d) ET al regular la dimisión del trabajador exige que debe «mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar».
- El art. 15.1.d) de la Ley 20/2007, de 11 julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo⁷¹, también sobre desistimiento del trabajador, en este caso del trabajador económicamente dependiente, exige «mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres».
- El art. 5.1 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de setiembre, que regula las Jornadas Especiales de Trabajo, señala que «la distribución y modalidades de cómputo de la jornada de trabajo en las labores agrícolas, forestales y pecuarias, serán las establecidas en los convenios colectivos o, en su defecto, las determinadas por la costumbre local...».

A diferencia de la «recepción expresa» este tipo de alusión a la norma acostumbrada no

⁷¹ BOE 12.07.07.

modifica en nada la regla prevista en el art. 1.3. CC sobre la necesidad de probar la práctica consuetudinaria. Así, para aplicar una costumbre en estos supuestos no bastará invocar la ley o fuente que se remite a ella sino que habrá que comprobar de forma fehaciente que tal costumbre existe previamente.

Ahora bien, tanto si la norma acostumbrada se recoge por recepción o por remisión expresa en un texto legal, convencional o contractual, es la misma fuente de acogida la que señala el especial ámbito de aplicación que se le reserva⁷². La remisión o recepción expresa «hace que el uso o costumbre dependa de modo directo y concreto de la disposición remitente, por lo que siempre habrá que tener en cuenta el carácter y alcance con que se la emplea»⁷³. En estos casos adquiere la costumbre laboral una jerarquía y valor jurídicos bien distintos de los que *per se* tiene, pues su contenido queda «acogido» –de forma específica o general– en la disposición que la invoca, debiendo tenerse por incorporada a ella misma, es decir, aplicándose el uso normativo con el nivel jerárquico propio de la fuente «remitente» o «receptora».

Dado el carácter limitado que se le concede a la norma consuetudinaria por aplicarse sólo de manera supletoria, las referencias normativas a aquélla adquieren relevancia cuando se otorga un lugar preferente a la costumbre respecto a las que por regla general está supeditada. Esto se ha observado básicamente en los convenios colectivos, así por ejemplo al regular el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos el CC. de Frutas y Hortalizas (BO de Murcia 21.11.09) dispone que se hará «según las costumbres del lugar y, en su defecto, por no ser ello posible, mediante notificación escrita y certificada en la que deberá

constar el lugar de trabajo y fecha de iniciación del mismo»⁷⁴.

Sin embargo, debe resaltarse que sobre cuando la norma hace una «remisión expresa» lo hace supeditando su aplicación a la falta de previsiones en los preceptos a los cuáles está jerárquicamente supeditada. Todos los ejemplos sobre remisión expresa ya anotados son válidos a estos efectos. Lo que se está haciendo en esos casos equivale a recordar el valor de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico-laboral y su analizada función supletoria, por lo cual bien pudiera pensarse en la inutilidad práctica de tal rememoración. Sin embargo, la remisión del legislador a lo acostumbrado en dichos ejemplos no obedece a la casualidad, sino al hecho de que se trata precisamente de materias en las cuales escasean, en términos generales, las previsiones legislativas, reglamentarias o convencionales, pudiéndose producir con cierta frecuencia un «vacío» de regulación que debiera rellenarse a través de los mecanismos previstos por el ordenamiento a tal fin.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., «La costumbre laboral y los usos de empresa», *AS*, N.º 7, 2000 (BIB 2000\512).
- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Vol. I, 15.ª Ed., Bosch, Barcelona, 2002.
- ALONSO OLEA, M., *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.
- ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.ª E., *Derecho del Trabajo*, 25.ª Ed., Civitas, Madrid, 2008.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

⁷² DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 136.

⁷³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, 5.ª Ed., Madrid, 1970, p. 93.

⁷⁴ También, entre otros, CC. de Agricultura, Montes y Ganadería (BO de Murcia 10.09.09); CC. de Conservas (BOE 30.04.09).

- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y derecho de la persona*, 5.^a Ed., Madrid, 1970.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I., 11.^a Ed., Tecnos, Madrid, 2003.
- LOIS PUENTE, J.M., «Las normas jurídicas. Fuentes, interpretación, aplicación y eficacia general», en: DELGADO DE MIGUEL, J.F., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I. Personas, Volumen 1.º, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 18.^a Ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., «La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma», *RL*, Tomo I, 1988 (La Ley 819/2001).
- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 30.^a Ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., «Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo», *AL*, Tomo II, 1998 (La Ley 2554/2001).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Notas sobre la costumbre laboral», *REDT*, N.º 10, 1982, pp. 195-222.

RESUMEN El estudio analiza el lugar que concede el ordenamiento jurídico (en concreto el laboral) a la costumbre dentro de las relaciones de trabajo, comprobando su alcance limitado pues se encuentra en el último escalón de la pirámide normativa, incluso por debajo del pacto individual. La investigación tiene un enfoque fundamentalmente práctico ya que se acompaña de pronunciamientos judiciales emitidos desde los años noventa hasta la actualidad, encontrando, entre otras cuestiones, que no existe unanimidad sobre la naturaleza jurídica de los denominados «usos de empresa normativos».

ABSTRACT This paper analyses the place that the legal system (particularly, the labour one) gives to custom within labour relations, and proves its limited scope given that it is at the last step of a ruling pyramid, even below that of the individual pact. This research adopts a mainly practical focus, as it is accompanied by judicial rulings dictated from the 90s up until the present day, finding, amongst other issues, that there is no unanimity on the legal nature of the so-called «company's legal habits».

La aplicación territorial de las normas laborales: diferentes realidades y nuevas tendencias

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA*

1. APLICACIÓN TERRITORIAL DEL DERECHO DEL TRABAJO: TENDENCIAS Y TRANSFORMACIONES

Abordar la aplicación territorial del Derecho del Trabajo supone revisar el problema de la colisión de normas en el espacio. La pluralidad de normas que convergen en la regulación de determinados aspectos de las relaciones de trabajo es, sin duda, una de las notas más destacadas de las reglas de funcionamiento de las fuentes del Derecho del Trabajo¹ y da lugar a la aparición de principios informadores de la interpretación de las normas laborales como el de norma mínima, norma más favorable o condición más beneficiosa.

Es de común aceptación que el Derecho del Trabajo se manifiesta con una vocación o carácter eminentemente territorial, tomando la noción de territorialidad en el sentido clá-

sico que ha revestido este término, es decir, el territorio como elemento esencial para la conformación de todo Estado. Por consiguiente, la territorialidad que se predica del Derecho del Trabajo lo ha sido en función de la configuración del Estado moderno y es por ello por lo que el carácter territorial de las normas laborales ha sido entendido como la aplicación del Derecho del Trabajo de y en un determinado Estado.

En el orden supraestatal, las organizaciones internacionales y también las organizaciones supranacionales como la Unión Europea, han abordado la cuestión relativa al alcance de la aplicación territorial del Derecho del Trabajo para tratar de elaborar un conjunto de normas convencionalmente aceptadas acerca de cómo resolver las discrepancias derivadas de conflictos de normas laborales nacionales cuya aplicación se pretende ante un determinado supuesto de hecho. Hasta hoy, la construcción de instancias supranacionales no constituye una alternativa o ámbito de referencia válido a los efectos de aprehender de forma diferente la noción de territorialidad en la aplicación de un determinado marco de condiciones de trabajo, entre otras razones, porque la Unión Euro-

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.

¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., Derecho del Trabajo (decimotava edición), Edit. Tecnos, Madrid, 2009, p. 131.

pea, organización supranacional por excelencia, no ha pretendido configurar un sistema comunitario de relaciones de trabajo uniforme, ni mucho menos, de Seguridad Social.

La cuestión aquí analizada remite, por tanto, a aquellas prestaciones de trabajo en las que interviene un elemento de extranjería, ya sea la persona del trabajador, el carácter no nacional de la empresa o del lugar de trabajo o el lugar en que se concertó la prestación asalariada de servicios, es decir, al denominado «tráfico externo», en la terminología acuñada por el Derecho Internacional Privado. La determinación de la ley aplicable (y, en su caso, del juez competente) a las relaciones laborales sobre las cuales incide un elemento extranjero constituye uno de los núcleos temáticos de la teoría general del Derecho, por ser éste un problema común afectante a otros sectores del ordenamiento jurídico.

Se trata, pues, de una cuestión que se proyecta sobre el momento aplicativo de la norma y no sobre el originario de su creación: aplicación de la norma precisa tras el adecuado proceso de análisis hermenéutico sería el resultado al que un conjunto de reglas y principios jurídicos tratan de atender por medio de un bagaje normativo de índole nacional, internacional y comunitario. Aunque a primera vista lo pudiera parecer, no es ésta una cuestión de orden «técnico» o de estricta «técnica jurídica», ajena y carente de toda implicación y significación de orden social y político, sino que por el contrario obedece y responde a un cierto modo de entender la función que el Derecho en general y el Derecho del Trabajo, en particular, está llamado a desarrollar. El grado de reconocimiento y tutela de un determinado marco de condiciones de trabajo, como es sabido, resulta muy diferente bajo diversos modelos y sistemas de relaciones de trabajo. La pretensión de aplicar los estándares más bajos de condiciones laborales –que se encuentra en la cobertura de múltiples supuestos de tráfico externo de mano de obra– ha de encontrar una respuesta equilibrada por parte del Dere-

cho del Trabajo para evitar la destrucción de sistemas laborales avanzados en detrimento de marcos de regulación anacrónicos y desfasados no acordes con el modelo de cohesión social que Europa pretende alcanzar (art. 3.1, k) TCE²).

La economía global, como seña de identidad del desarrollo de múltiples procesos combinados que han acontecido a finales del siglo XX en todo el planeta, ha traído consigo, entre otros efectos, el redescubrimiento del potencial que arrojan las relaciones de tráfico externo³ –derivados, fundamentalmente, de migraciones internacionales, de procesos de deslocalización empresarial y de desplazamientos temporales de trabajadores– para impulsar o evitar la aplicación de cuerpos de regulación jurídico laborales más o menos generosos con los derechos de los trabajadores, así como sus instrumentos de tutela y garantía⁴. Evitar el dumping social, esto es, la competencia a la baja sobre condiciones de trabajo entre distintos Estados cuyas economías se integran para mejorar las condiciones de competitividad de sus empresas nacionales; evitar, asimismo, la deslocalización de organizaciones productivas que, instaladas, en el territorio de los Estados tengan como móvil principal el menor coste laboral de las plantillas de trabajadores⁵ es lo que pre-

² El apartado 1 del art. 3 TCE ha sido derogado por el art. 2, 14) del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2009 por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Ver nuevos arts. 3 a 6 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), DOUE 17.12.2009.

³ Cuyo paradigma son las migraciones internacionales, MONTAÑA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo* (trigésima edición), Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 234.

⁴ Sobre las causas y los múltiples problemas de orden jurídico derivados de la movilidad internacional *vid.* SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica internacional*, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

⁵ *Vid.*, al respecto, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español*, RL, 1996, I, p. 1337.

tende afrontarse desde las tendencias más modernas en el establecimiento de reglas para la determinación de la legislación aplicable al contrato de trabajo.

En el ámbito internacional, la acción normativa de la OIT en materia de migraciones internacionales comprende los ocho convenios fundamentales del trabajo (*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* de 1998), así como los convenios y recomendaciones específicamente aplicables a los trabajadores migrantes –Convenio núm. 97 sobre trabajadores migrantes (revisado) y Recomendación 86 de 1949, Convenio núm. 143 sobre trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) y Recomendación 151 de 1975–. A ese bagaje normativo habría que añadir el *Marco Multilateral para las migraciones laborales* del año 2006, instrumento elaborado con el objeto de estimular la cooperación para ayudar en la aplicación de políticas eficaces en materia de migraciones laborales, incluye un conjunto de principios no vinculantes, directrices y prácticas óptimas para los Gobiernos, las organizaciones de trabajadores y empleadores para adoptar un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.

La Unión Europea ha proyectado su acción normativa, desde el punto de vista de la garantía de condiciones mínimas de trabajo a los trabajadores que migran o son desplazados por sus empresas, desarrollando un papel relevante y de gran eficacia en el ámbito de las relaciones entre privados. A partir de 1980 y hasta el momento actual, se ha construido un marco jurídico específico basado en reglas y principios para la determinación de la legislación aplicable a las relaciones contractuales, y en particular a las de trabajo, cuando en ellas concurre un elemento de extranjería, con la singularidad de haber elaborado al respecto instrumentos de carácter universal, y no meramente de alcance regional o supranacional.

El cuadro interno de fuentes del Derecho del Trabajo, caracterizado por una fuerte complejidad que deriva de la concurrencia de normas de origen estatal con otras de orden convencional, fuerza la aplicación de principios derivados del régimen común de las fuentes del Derecho combinados con otros principios y reglas que emergen del Derecho del Trabajo mismo, a fin de clarificar los criterios de aplicación dentro de la complejidad normativa. Los ámbitos de regulación abarcan los propios del Derecho internacional privado y del Derecho del Trabajo de cada Estado a los que se suman los Convenios internacionales suscritos y, en lo que a Europa se refiere, las disposiciones comunitarias que, dotadas de primacía y efecto directo, condicionan la ordenación jurídica interna de cada Estado miembro. Las relaciones colectivas de trabajo han quedado excluidas de regulación en el ámbito comunitario en lo que a legislación aplicable a las mismas se refiere, lo que genera una gran incertidumbre, especialmente, cuando tales relaciones trascienden del marco nacional y entran en funcionamiento para incidir o confrontar las disposiciones comunitarias.

En el momento actual se asiste a un proceso en el cual las relaciones entre «globalización económica» y «globalización jurídica», si puede denominarse así, se sostienen sobre la base de una radical «asimetría»⁶, que produce una segmentación y separación entre la dimensión global que alcanzan los procesos económicos y la naturaleza predominantemente estatal de las normas jurídicas. El Estado, como figura institucional, participa en los procesos de globalización, en la medida en que ésta se localiza en su territorio, pero no dispone de instrumentos ni políticos ni jurídicos para ejercer un control sobre dichos procesos⁷ y, en consecuencia, ha sido necesari-

⁶ Vid., BAYLOS GRAU, A., *El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de su capacidad de acción*, RDS, nº 41, 2008, las comillas en p. 123.

⁷ SASSEN, S., *Una sociología de la globalización*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2007, p. 52 y ss.

rio abrir el ordenamiento jurídico hacia espacios que se sitúan extramuros del Estado. El Estado incorpora así el proyecto global por medio de una disminución de su propia posición reguladora en la actividad económica dentro de su territorio, incluso, a costa de la desestabilización de sus instrumentos de poder⁸. En esa dinámica, las operaciones de mercado se liberan de restricciones imperativas y ejercen su influencia únicamente con sometimiento a leyes nacionales que rigen simultáneamente en dos o más Estados, ofreciendo un escenario en el cual la formación de reglas jurídicas proceden a recuperar las fórmulas de la libre elección y la voluntariedad en los acuerdos⁹.

2. CAMBIOS NORMATIVOS —NO SUSTANCIALES— EN LA ORDENACIÓN JURÍDICA COMUNITARIA SOBRE LAS REGLAS QUE RIGEN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO

El «Convenio de Roma» de 19 de junio de 1980¹⁰, cuya entrada en vigor en el orden internacional se produjo el 1 de abril de 1991¹¹

⁸ *Idem*, p. 53.

⁹ BAYLOS GRAU, A., *El espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de su capacidad de acción*, *cit.*, p. 124.

¹⁰ DO L 266 de 9.10.80. Un análisis exhaustivo sobre el impacto del Convenio sobre la disparidad de reglas de conflicto aplicadas en los Estados miembros de la UE, en CASAS BAAMONDE, M^a. E., *Conflictos de leyes y contrato de trabajo: el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, RL, 1993-II, especialmente, p. 66 y ss. Igualmente, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., *Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales*, AL, 1991, T. III, p. 517-561. VIRGÓS SORIANO, M., *El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en AAVV.*, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, III, Madrid, 1980.

¹¹ Versión codificada en DO C 334 de 30.12. 2005 tras la adhesión de nuevos Estados miembros. Ratifica-

do por España: depósito del instrumento de ratificación, de 2 de junio de 1993 (BOE 19.7.93).

ha sido el instrumento que durante casi veinte años ha cumplido la función de incorporar las reglas y principios de determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el ámbito europeo. Habiendo quedado excluida la posibilidad de crear un instrumento comunitario *ad hoc* que uniformara los criterios relativos a la ley aplicable a las obligaciones contractuales las propias Partes contratantes del Tratado constitutivo (CEE) optaron por crear un convenio internacional con el objeto de alcanzar aquella finalidad. Muchas de sus reglas son de carácter general y, por tanto, aplicables a los negocios jurídicos y actos jurídicos derivados de las relaciones contractuales, pero también contiene reglas específicas relativas al contrato de trabajo (arts. 6 y 7, en particular), de modo que su misión principal ha sido la de unificar las normas de conflicto en el territorio comunitario, sin por ello perder su carácter universal, puesto que la ley que resulte aplicable podría serlo incluso si tal ley «es la de un Estado no contratante» (art. 2). El Derecho internacional privado, pues, ha diseñado un conjunto de reglas que permiten despejar las dudas acerca de la ley que resultaría aplicable tanto cuando el Derecho interno haya de ser aplicado a un extranjero o en el extranjero como cuando la ley extranjera precise ser aplicada en el interior de un Estado o a un nacional. Estas reglas fueron introducidas en el «Convenio de Roma» con vocación de ser aplicadas en el territorio de la Unión Europea, creando así un *corpus* uniforme de resolución de problemas aplicativos de la norma interna cuando concurre un elemento extranjero.

En la actualidad, como es sabido, el Convenio de Roma ha quedado sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones

do por España: depósito del instrumento de ratificación, de 2 de junio de 1993 (BOE 19.7.93).

contractuales (*Roma I*)¹², adoptado en aplicación del principio de subsidiariedad en los términos exigidos por el art. 5 TCE¹³ y de conformidad con lo así proclamado en su Preámbulo (43) que, no obstante, tampoco pretende realizar «*cambios sustanciales*», según expresa este último (15) respecto de lo dispuesto por el Convenio de Roma de 1980, exactamente, de las reglas sobre ley aplicable definidas en el art. 3, apartado 3, del mismo. Reafirmando, de nuevo, su carácter de instrumento universal, el instrumento comunitario reitera que «*la ley designada por este Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*» (art. 2). Desde el punto de vista de su aplicación en el tiempo, el Convenio de Roma se seguirá aplicando a los contratos celebrados antes de 1 de septiembre de 1993 (fecha de su entrada en vigor) y hasta el 16 de diciembre de 2009, puesto que el Reglamento (CE) 593/2008 (*Roma I*) se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, conforme dispone éste en su art. 28.

La Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional¹⁴ responde a los principios de: a) prioridad del Derecho comu-

¹² DOCE 4.7.2008. Es de aplicación a las obligaciones contractuales celebradas a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto para Dinamarca y el Reino Unido, en todo el territorio comunitario y en los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio a los que no es aplicable el Reglamento en virtud del art. 299 TCE (con modificaciones en su contenido, nuevo art. 349 TFUE), conforme establece su art. 24.

¹³ El art. 5 TCE ha sido derogado por el Tratado de Lisboa y se sustituye por el 3 ter del Tratado de la Unión Europea (art. 2, 16) del Tratado de Lisboa. Pasa a ser el art. 5 TFUE.

¹⁴ DOL 21.1.97. Véase la Recomendación de la Comisión de 31 de marzo de 2008, *relativa a una mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, DOUE 4.4.2008.

nitario sobre conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales contenido en actos de las instituciones comunitarias o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos (art. 20 CR); así como de: b) especificidad, respondiendo a la aplicación de disposiciones comunitarias que en materias concretas regulen normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, según señala el art. 23 del Reglamento comunitario. En esa medida, la Directiva 96/71/CE prevalece en sus disposiciones sobre la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, es decir, al ejercicio de los derechos de establecimiento y a la libre prestación de servicios¹⁵. Corroborando esta consideración, el Preámbulo del RRI (34) declara que la ley aplicable sobre el contrato individual de trabajo no debe ir en detrimento de la aplicación de normas imperativas del país de desplazamiento temporal del trabajador conforme establece la Directiva 96/71/CE.

Conforme este nuevo aparato normativo, la ley aplicable rige una serie de aspectos del contrato que pueden considerarse absolutamente sustanciales, los cuales vienen enumerados en el art. 12 del Reglamento 593/2008/CE: a) su «*interpretación*», b) el «*cumplimiento de las obligaciones que genere*», c) un «*incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen las normas jurídicas*», d) los diversos «*modos de extinción de las obligaciones*» contraídas, así como las reglas sobre «*prescripción y caducidad basadas en la expiración de un plazo*».

En el Derecho español, la ordenación jurídica mayoritaria respecto de la determinación de la ley aplicable a una relación contractual laboral con elemento de extranjería

¹⁵ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^ª E., *Derecho del Trabajo* (vigésimoquinta edición), Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 899.

se contiene en el Título Preliminar del Código Civil (CC), en su Capítulo IV, titulado «*Normas de Derecho internacional privado*» y, añadidamente, en las que señala el Reglamento (CE) 593/2008 (en adelante, RRI).

Este marco de regulación resulta de aplicación a salvo de:

- a) Existencia de convenio internacional (multi o bilateral) que contenga reglas aplicables al contrato de trabajo o bien que establezca directamente la ley aplicable, salvedad advertida en el Preámbulo de consideraciones del RRI (41).
- b) Estas reglas actúan de forma independiente a aquellas que precisan cuál es el juez competente que debe conocer del conflicto. Esta otra cuestión se regula por lo dispuesto en el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁶ (Reglamento Bruselas I)¹⁷, que ha precisado modificación por el Reglamento (CE) 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006¹⁸, debido a la adhesión de nuevos Estados a la Unión Europea. Las normas de determinación de la competencia judicial no prejuzgan, en ningún caso, el

problema de cuál ha de ser la norma sustantiva aplicable por el juez, que puede ser la ley extranjera.

El conjunto de reglas establecidas en el ámbito comunitario y en el Derecho interno español recurre, como se verá a continuación, a fórmulas combinadas de elección de la ley aplicable por las partes de la relación contractual y de la aplicación indefectible de *reglas imperativas*, que juegan *pese a ella*, así como de *reglas supletorias* que entrarían en funcionamiento *en defecto de* la fórmula electiva.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE TRABAJO: REGLAS OBJETIVAS

3.1. La elección de ley por las partes del contrato como criterio general

Lejos de la opción que pudiera permitir como primera y principal regla la determinación de la ley aplicable mediante norma imperativa, el ordenamiento español ha escogido una fórmula más flexible, como es su determinación por voluntad de las partes. Ya antes y después de la entrada en vigor del Convenio de Roma y del RRI, el Código Civil en su art. 10.5 señala que la ley aplicable a las obligaciones contractuales será aquella a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. Y, para las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, su art. 10.6 prioriza, asimismo, la voluntad de las partes al establecer como regla subsidiaria para el supuesto de falta de elección de las partes, la ley del lugar donde se presten los servicios. Por consiguiente, la voluntad de las partes se erige en el principal elemento de conexión para determinar la ley que resulte aplicable a la relación de trabajo, a salvo de las limitaciones que a dicha voluntad expresamente se imponen. Así lo pone de manifiesto el Preámbulo del RRI al explicitar que esta

¹⁶ DOUE 16.1.2001

¹⁷ El Reglamento *Bruselas I*, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de marzo de 2002, vino a sustituir al «Convenio de Bruselas» de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuya versión consolidada fue publicada en DOCE C 27 de 26.1.1998. El Reglamento *Bruselas I* afectó, entre otros, a una serie de Convenios bilaterales que España había suscrito en esta materia con anterioridad con otros Estados comunitarios, como Francia (Convenio de 28 de mayo de 1969), Italia (22 de mayo de 1973), Alemania (14 de noviembre de 1983) y Austria (17 de febrero de 1984).

¹⁸ DOCE L 363 DE 20.12.2006.

libertad de elección *«debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales»* (11).

Esta decisión armoniza perfectamente con lo dispuesto en el CR y RRI cuyos arts. 3.1 y 3.1, respectivamente, señalan que en la determinación de la ley aplicable *«los contratos se regirán por la ley elegida por las partes»*. Y esa misma regla se reproduce en particular respecto del contrato de trabajo (arts. 6.1 y 8.1, respectivamente). La ley objeto de elección permitirá a los sujetos del contrato designarla como aplicable a la totalidad o sólo a una parte del contrato (art. 3.1 *in fine* CR y el mismo art. y apartado del RRI)

Pese a esa proclamación solemne y formal de la opción por la ley decidida por las partes, las disposiciones dimanantes del CR y del RRI imponen una seria e importante limitación a la voluntad individual, con el fin de evitar que en la relación de trabajo determinados «actos de fuerza» terminen por imponer una ley caracterizada por inferiores condiciones respecto de otras¹⁹, eventualmente, mayor conectadas con el contrato de trabajo (Preámbulo (23) RRI). En la determinación de cuál sea la ley aplicable, el CR restringe la libertad de elección mediante la imposible afectación de *«las normas imperativas»* del país en el que estén localizados *«los demás elementos de la situación»* en el momento de efectuar la elección. Acerca de cuáles son aquellas disposiciones que deben considerarse imperativas, puntualiza el art. 3.3 del CR que lo son las que resultan de imposible derogación por contrato. Actualmente, el RRI se expresa en similares términos al señalar en su art. 3.3 que la elección de las partes, cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento

de la elección en país distinto de aquél cuya ley se elige, *«no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo»*. Y para el contrato de trabajo, en particular, el Preámbulo RRI (35) advierte que los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionen disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo o que sólo puedan excluirse en su beneficio.

Respecto al momento en que procede llevar a cabo la elección se admite tanto el de la celebración del contrato como la decidida una vez iniciada la relación de trabajo, pudiendo, incluso, modificarse, la elección anterior, en cuyo caso, la modificación nunca puede afectar a las reglas sobre la validez formal del contrato ni a los derechos de terceros (arts. 3.2 CR y 3.2 RRI).

La forma de la elección responde a una fórmula bastante flexible en tanto, exigiéndose que sea manifestada de manera expresa, puede resultar *«de manera cierta o en los términos del contrato o de las circunstancias del caso»* o *«de manera inequívoca»*, pudiendo referirse a la totalidad o sólo a una parte del contrato (arts. 3.1 CR y 3.1. RRI, respectivamente).

3.2. Limitaciones a la libertad de elección: el Derecho imperativo como límite a la autonomía de la voluntad

Como ya ha sido expresado, a la regla genérica de libertad de elección de la ley aplicable, las normas internacionales y las del Código Civil español fijan una serie de limitaciones que tienen por objeto tutelar los intereses de la que pudiera considerarse la parte más débil de contrato, así como evitar un uso fraudulento de la fórmula electiva. Lo proclama de este modo el preámbulo del RRI evidenciando un marcado carácter tuitivo en tal sentido: *«a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente pro-*

¹⁹ Vid. RODIÈRE, P., *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relation de travail*, Revue trimestrielle de droit européen, 1973, nº 1, p. 1-23.

tegerlas por medio de normas de conflictos de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales» (23), lo que explica que colectivos como los contratantes de determinados servicios, como transporte y seguro, así como el contrato de trabajo, cuenten con disposiciones específicas reguladoras de tales normas de conflicto.

3.2.1. *El cumplimiento de las «disposiciones de orden público del foro»*

El art. 16 CR señala, en forma negativa, que no puede excluirse la aplicación de la ley extranjera, conforme las reglas establecidas por el propio CR, salvo en aquellos casos en que *«resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro»*. En similares términos se manifiesta el RRI cuando, con mejor expresión, advierte que si una disposición *«de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento... [resulta] manifiestamente incompatible con el orden público del foro»* no podrá ser objeto de aplicación (art. 21 RRI).

Este otro elemento, el orden público del foro, se convierte, pues, en una especie de «muro de contención» del ordenamiento jurídico del foro frente a eventuales irrupciones de otros ordenamientos contrarios o extraños a él, erigiéndose el núcleo constituido por «el orden público» en reducto intocable por el Derecho extranjero. Se ha citado, en este sentido y a título de ejemplo, el respeto a la dignidad de la persona o los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE) como uno de esos elementos de orden público del Derecho español inquebrantables por la voluntad, cualquiera que haya sido la ley decidida por las partes²⁰. Elementos que, por lo demás, juegan en la relación de trabajo un papel decisivo tratando de impedir la irrupción de leyes

²⁰ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 902.

atentatorias o desconocedoras de un determinado marco de derechos del trabajador, en su condición de tal y como ciudadano. En tal sentido, todo el conjunto de prohibiciones laborales encierran y tutelan valores de orden público²¹.

El orden público, como concepto jurídico indeterminado, se ha venido identificando con principios jurídicos, de naturaleza pública y privada, políticos, morales y económicos considerados imprescindibles para conservar un determinado orden social en un momento histórico dado²²; principios y directrices que informan las instituciones jurídicas²³ y cuyo alcance requiere ser interpretado de forma acorde con los principios constitucionalmente establecidos. Por su propia naturaleza, el orden público laboral escapa al comercio jurídico privado, constituyendo el más importante límite a la autonomía de la voluntad. La configuración del mismo se efectúa por medio de normas dotadas de la imperatividad que emana de la Constitución²⁴ y cuyo incumplimiento acarrea forzosamente el efecto de la nulidad, así como la eventual reposición y reparación del daño sufrido.

3.2.2. *El respeto a las «disposiciones imperativas» del lugar de ejecución de la prestación*

Combinadamente, las reglas establecidas tanto por el CC español como por las disposiciones convencionales internacionales y

²¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Colección Estudios, Madrid, 2003, p. 287.

²² GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario al art. 6 en AAVV., Comentario del Código Civil*, (PAZ-ARES, C., BERCOVITZ, R., DíEZ-PICAZO, L. y SALVADOR CODERCH, p., Dir.), Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 35.

²³ DE CASTRO, F., *Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad*, Anuario de Derecho Civil, 1982, p. 1034.

²⁴ RAMOS QUINTANA, M. I. *La garantía de los derechos de los trabajadores (Inderogabilidad e Indisponibilidad)*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 51-52.

comunitarias coinciden en someter la decisión proveniente de la voluntad de las partes al límite incuestionable del respeto a las normas imperativas del lugar de ejecución de la prestación. Son reglas que rigen en el ámbito contractual y, particularmente, en relación con el contrato de trabajo. Conforme establece el art. 6.1 CR, la elección de ley por las partes «no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable a falta de elección».

Y serán «disposiciones imperativas» las que la ley del lugar que resulte aplicable a falta de elección (en España y para el contrato de trabajo, la ley del lugar de ejecución de las prestaciones derivadas del contrato, como regla supletoria establecida en el art. 10.6 CC) no permita derogar por contrato (art. 3.3 CR). En igual sentido, el art. 8.1 RRI las configura como «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» de la ley aplicable a falta de elección o que sólo podrían excluirse en beneficio de los trabajadores, según se desprende de lo dispuesto en el Preámbulo al mismo (35). En el Derecho del Trabajo español son normas imperativas, conforme el precepto contenido en el art. 3.5 LET, no sólo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también las normas convencionales indisponibles²⁵, marco normativo que impide que la voluntad de las partes pueda desplazarlo en favor de ley extranjera, porque ello podría conducir a permitir la realización de trabajo «bajo mínimos»²⁶ de derecho imperativo.

²⁵ Esto es, salvo las condiciones de trabajo que el Convenio Colectivo expresamente entregue a la autonomía individual de la voluntad para su libre determinación, RAMOS QUINTANA, M. I. *La garantía de los derechos de los trabajadores (Inderogabilidad e Indisponibilidad)*, cit., p. 66 y ss. y p. 101 y ss. Sobre esta misma cuestión, MAGNANI, M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, DLRI, nº 20, 1998, p. 84 y ss.

²⁶ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 903.

El deterioro del denominado «orden público laboral» por medio de las correspondientes operaciones de técnica normativa a favor de disposiciones de carácter dispositivo (bien sea, en el juego de relaciones ley-convenio colectivo o ley-convenio-contrato o, incluso, ley, contrato de trabajo) alcanza en el ámbito de las relaciones de trabajo con elemento de extranjería una dimensión importante incidiendo en este plano de orden internacional y transnacional. Las tendencias recientes –quizás, ya no tanto– proclives a rebajar los niveles de intervención por medio de normas imperativas a favor de la atribución a la voluntad de las partes de un mayor espacio de regulación en la determinación de condiciones de trabajo²⁷ tiene consecuencias muy relevantes en los desplazamientos de trabajadores para efectuar la prestación de trabajo convenida, especialmente en los nuevos contextos de movilidad transnacional de relaciones de trabajo en los que pudiera ponerse en práctica la fórmula de la elección por las partes de la ley aplicable al contrato de trabajo como vía de exclusión de marcos legales y convencionales avanzados de condiciones laborales.

3.2.3. Una competencia alternativa: la ley más protectora para el trabajador

Esta última alternativa debe deducirse de lo dispuesto en el art. 6.1 CR y en el art. 8.1 RR, en la medida en que ambos preceptos permiten la aplicación de una ley extranjera –distinta a la elegida por las partes y distinta a las disposiciones imperativas de la ley aplicable a falta de aquella elección– cuando resulte más favorable o protectora del trabajador. El respeto al orden público del foro y a las disposiciones imperativas de la ley que

²⁷ Sobre el alcance de estas tendencias y las alteraciones producidas en la aplicación de las fuentes del Derecho del Trabajo, vid. RAMOS QUINTANA, M. I. *La garantía de los derechos de los trabajadores (Inderogabilidad e Indisponibilidad)*, cit., p. 142-148.

resulte aplicable en defecto de elección es una doble limitación indiscutible. Ahora bien, ello no obsta a que, eventualmente, pueda entrar en juego una ley extranjera –que tenga vínculo con el contrato, obviamente– cuyas disposiciones resulten más ventajosas a los intereses del trabajador. En realidad, y así ha quedado expuesto²⁸, esta posibilidad señala el retorno a la consolidada regla interpretativa admitida en sede doctrinal y jurisprudencial, conforme a la cual, es posible aplicar la ley más protectora para el trabajador. Ello arroja como resultado final que sólo es admisible la opción por una ley extranjera cuando la misma contiene disposiciones más favorables para el trabajador que aquellas disposiciones imperativas de la ley que hubiese resultado aplicable en defecto de la de elección de las partes. Es no otra cosa que la traslación al ámbito del Derecho internacional de algunos de los principios internos aplicativos del Derecho del Trabajo como la condición más beneficiosa y la aplicación de la norma más favorable²⁹.

3.3. Ley aplicable al contrato de trabajo en defecto de elección por las partes

La ausencia de elección por las partes pone en marcha dos tipos de reglas contempladas tanto en el Convenio de Roma y en el Reglamento comunitario, como en el Derecho español.

3.3.1. Dos reglas generales: ley de ejecución habitual del contrato de trabajo y ley de la sede de la empresa, y su eventual exclusión

Esta doble regla –de carácter general– funciona dependiendo del espacio territorial,

del lugar, en que el trabajador presta servicios asalariados tomando en consideración la habitualidad con que lo hace, o no, en un mismo país. La primera de las reglas señaladas, esto es, la aplicación de la ley del país en que el trabajador realice habitualmente su trabajo es la acuñada en el art. 6.2 CR, advirtiendo que dicha regla no se alterará *«aún cuando [el trabajador], con carácter temporal, haya sido enviado a otro país»* (art. 6.2, a). Y para los supuestos en que no realice habitualmente su trabajo en un mismo país, el contrato se regirá por la regla segunda, esto es, *«la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador»* (art. 6.2, b). No obstante, esta segunda regla general quedará excluida cuando del conjunto de circunstancias que concurren pueda apreciarse *«que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país»* (art. 6.2, *in fine*).

El RRI, por su parte, se refiere a ambas reglas modulándolas en otros términos. En cuanto a la primera, establece que en defecto de elección se aplicará la ley del país en el cual se produzca la ejecución del contrato, añadiendo novedosamente o, en su defecto la ley del país *«a partir del cual»* el trabajador *«realice su trabajo habitualmente»* (art. 8.2), para integrar la falta de habitualidad en el lugar de la prestación. Y se apresura a aclarar que no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo *«cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país»* (art. 8.2 *in fine*). Hay un cambio sustancial respecto del CR porque cambia la norma de conflicto escogida en los supuestos de falta de habitualidad de la prestación en un mismo país: según el CR, en tales casos, lo sería automáticamente la ley de la sede de la empresa, mientras que el RRI al admitir que la ley aplicable podrá ser la ley

²⁸ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^º E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 902 y jurisprudencia allí citada.

²⁹ GALIANA MORENO, J., *Aplicación extra-territorial de las normas de trabajo en AAVV*, *El Estatuto de los Traba-*

adores veinte años después, REDT, nº 100, 2000, p. 109 y ss. Y, extensamente, del mismo autor, *El ámbito personal del derecho de la emigración*, IEE, Madrid, 1975.

del país «a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato realice su trabajo habitualmente» (art. 8.2) excluye aquella posibilidad, optando porque se aplique la ley del lugar de ejecución del contrato.

En el RRI la ley del país donde tenga su sede la empresa o establecimiento a través del cual (obsérvese que esta expresión no es equivalente a «donde») haya sido contratado el trabajador³⁰ sólo entra en juego en defecto de poder ser aplicada la regla anterior –*lex loci laboris*, con su doble matización según la habitualidad del lugar de la prestación–.

Conclusivamente, la falta de habitualidad de la prestación convenida mediante contrato de trabajo en un mismo país difiere según que a la relación de trabajo se aplique el CR o el RRI, puesto que en el primer caso, la falta de habitualidad desplaza la ley aplicable a favor de la ley de la sede de la empresa o establecimiento, mientras que el RRI permite conservar la aplicación de la *lex loci laboris*. Y ello, con independencia de los desplazamientos temporales, que con carácter general no restan aplicación a la ley de ejecución del contrato en los supuestos en que ésta debe ser la escogida³¹.

La ley donde se encuentra la sede de la empresa o establecimiento es susceptible de aplicación a los trabajos por su naturaleza realizados fuera del alcance territorial de la jurisdicción de un Estado, especialmente, trabajos en el mar, sobre la base de lo dis-

³⁰ Que no forzosamente tiene que ser la ley del domicilio social de la empresa, RODIÈRE, P., *Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relation de travail*, cit., p. 15.

³¹ Esta parece ser la interpretación alcanzada en ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 904-905, cuando se recuerda que el propio RRI considera en su Preámbulo (36) que el trabajo en otro país es temporal si el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen; incluso si para la prestación en el extranjero o a su regreso celebra un nuevo contrato con su empleador o con otro perteneciente al mismo grupo de empresas (ver nota nº 155).

puesto en el art. 8.3 RRI, esto es, cuando no pueda determinarse la ley atendiendo a las reglas establecidas en función de la habitualidad o no del lugar de prestación de trabajo.

Ambas reglas generales, *lex loci laboris* y ley de la sede de la empresa o establecimiento quedan excluidas de aplicación cuando «del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto», en cuyo caso, se aplicará «la ley de este otro país» (art. 8.4 RRI). Esta última regla es expresión de los cambios producidos en los diferentes sistemas laborales con un elevado grado de prácticas de deslocalización y de externalización, integrando la posibilidad de que tales prácticas no arrojen un resultado desfavorable para el trabajador respecto del eventual marco de condiciones de trabajo que resultaría coherente aplicar en virtud de su relación de trabajo contraída con la empresa, con independencia de las estrategias utilizadas por la misma: de localización, domicilio, pertenencia a un grupo, carácter multinacional, etc.

En conclusión, en defecto de ley aplicable determinada por la elección de las partes, el lugar de ejecución del contrato de trabajo continúa ejerciendo una importante vis atractiva respecto de otras reglas de conexión que admiten su incorporación en supuestos específicos y particulares por esta vía supletoria. Si a ello se une la relevancia de las normas imperativas y de las leyes de policía se alcanza la conclusión de que la ley del lugar donde la prestación de trabajo ha de efectuarse constituye la regla por excelencia que rige las relaciones laborales con elemento extranjero, lo que no hace más que confirmar «el principio de territorialidad en material laboral»³².

El CC español armoniza con este juego de reglas contemplado en las disposiciones

³² ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 905, las cursivas en el original.

comunitarias. Su art. 10.6 indica que en el Derecho español, en defecto de sometimiento expreso de las partes, «*será de aplicación la ley del lugar donde se presten los servicios*», recurriendo a la regla consolidada de la *lex loci laboris* que confiere carácter territorial a la norma laboral. Si bien, es necesario advertir una importante modulación, como es la relativa a que, en su aplicación, la interpretación que del mismo se haga ha de «integrar» todos los matices que el Convenio de Roma, para las relaciones de trabajo que caen bajo su ámbito de aplicación, y el Reglamento 593/2008, para las relaciones de trabajo celebradas a partir del 17 de diciembre de 2009, establecen, con las innovaciones que la entrada en vigor del Reglamento ha traído consigo y que han quedado expuestas.

3.3.2. *Una regla especial: ley nacional común de las partes coincidente con la del lugar de celebración del contrato de trabajo*

El Derecho del Trabajo español conoce una regla especial sobre ley aplicable a los desplazamientos de trabajadores españoles al extranjero para allí efectuar la prestación de trabajo convenida³³, regla que ni se opone ni resulta incompatible con las establecidas en el CC ni con las disposiciones comunitarias. Señala el art. 1.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) que «*La legislación laboral española será la aplicable al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero*», con independencia de si el desplazamiento es habitual o temporal.

La fórmula estatutaria no puede excluir la regla por excelencia de todas las obligaciones

³³ Vid. Un análisis crítico de esta regla en FOTINO-POULOU BASURKO, O., *Consideraciones en torno al art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores. Acerca del sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado*, RMTAS, nº 52, 2004, p. 49-60.

contractuales, como es la elección de ley aplicable por las partes, por lo que se trata de una regla supletoria y, en todo caso, alternativa de las reglas restantes (ley de ejecución del contrato, ley de la sede de la empresa o establecimiento) en la medida en que encaja perfectamente en el tercero de los supuestos contemplados por el art. 8.4 RRI, esto es, la ley del país con el que el contrato «*presenta vínculos más estrechos*». Evidentemente, esta regla puede jugar también «*a la inversa*»³⁴, esto es, como proyección del Derecho extranjero sobre una relación de trabajo con trabajador extranjero que es contratado en otro país por empresario extranjero para prestar servicios en España.

Para respetar los límites impuestos por el CR y RRI, así como por el CC español la regla especial y alternativa del art. 1.4 LET tendrá que respetar una serie de límites: en primer lugar, el orden público del foro (art. 16 CR, 21 RRI y art. 8.1 CC y la propia expresión literal del art. 1.4 LET: *sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo*); en segundo lugar, las disposiciones imperativas que rigen en el lugar de trabajo (Directiva 96/71, sobre desplazamientos temporales de trabajadores), especialmente, las relativas a jornada de trabajo, retribución salarial y seguridad y salud laboral; en tercer lugar, las «*leyes de policía*» del lugar de la prestación (con la diferencia de matices que este concepto encierra, según que haya de ser apreciado el CR (art. 7.1) o bien el RRI (art. 9.1), en razón del momento de celebración del contrato de trabajo).

La LET completa la regla especial con una intervención de carácter garantista: «*Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español*» (art. 1.4, *in fine*). Trata el legislador con esta fórmula de evitar que entre los trabajadores españoles despla-

³⁴ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 907.

zados por empresas españolas se produzca una disminución retributiva por efecto de la aplicación de normas imperativas del lugar de la prestación que, eventualmente, contuvieran un marco de ordenación salarial menos ventajoso que el establecido en nuestro país; se trata, en definitiva, de utilizar en fraude de ley las normas de conflicto de leyes. De nuevo, una fórmula protectora que permite, salvaguardando el respeto a las normas imperativas que impone el CR y RRI (arts. 7.1 y 8.1, respectivamente) introducir la ley más protectora al trabajador. En caso contrario, puesto que la norma del art. 1.4 *in fine* LET es de mínimos, no impide la aplicación de regímenes retributivos superiores existentes en el lugar de la ejecución de la prestación, en cuyo caso, se aplicaría directamente la disposición imperativa de aquel lugar.

3.4. Las denominadas «leyes de policía»: leyes extranjeras y leyes del foro

El CR se refiere a ellas como límite a la ley elegida por las partes con la finalidad evidente de tratar de asegurar unas condiciones mínimas de protección a los trabajadores.

Su art. 7.1 distingue entre las así denominadas leyes de policía las extranjeras y las del foro. Las primeras pueden ser aplicables por decisión del juez conecedor del litigio en cuestión (así también, el art. 9.3 RRI); las segundas resultan de aplicación por mandato expreso del art. 7.2 CR (y del art. 9.2 RRI)³⁵. Por consiguiente, las leyes de policía así con-

³⁵ Estas disposiciones, las leyes de policía resultan aplicables imperativamente puesto que el CR no deja lugar a dudas cuando señala que «las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas del país del juez», PÉREZ BEVIÁ, J. A., *Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Revista Española de Derecho Internacional, nº 1, 1982, p. 117 y ss.

figuradas incorporan en todo caso reglas de derecho imperativo cuya aplicación ha de venir determinada por el «Derecho extranjero» y no por determinación del juez competente; en tales casos, el contrato debe tener un vínculo estrecho con la disposición «de policía». Tal vínculo debe establecerse, según la ley del juez que conoce del litigio.

La precisión de qué debe entenderse por leyes de policía se resuelve en el CR mediante una doble referencia.

Conforme a la primera de ellas, lo serán las «disposiciones imperativas» contenidas en una ley distinta a la que, conforme a «las reglas del propio Convenio resulte de aplicación», pero que con la situación de que se trate «presente un vínculo estrecho», según se desprende de lo señalado en el art. 7.1 CR. Ello siempre que tales disposiciones resulten de aplicación por determinación de aquella ley, con independencia de cuál resulte ser la que rijan el contrato.

El RRI opta por restringir el concepto amplio que ofrece el CR. En realidad, el concepto tradicional en Derecho internacional privado de «leyes de policía» recibe una importante reducción en el Reglamento, quedando acotada tal expresión a aquellas leyes que un país considera esenciales «para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica» (art. 9.1 RRI), contrastando esta configuración con la proveniente del CR que, como se ha expresado, las extiende también a las «disposiciones imperativas» de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho. Las leyes de policía así definidas en el RRI exigen obligadamente su aplicación *a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato* conforme a las reglas establecidas en el propio Reglamento (art. 9.1, *in fine*).

Y, por si cupiera alguna duda, se produce una declaración expresa respecto de las leyes

de policía *de la ley del foro*, en el sentido de hacer prevalecer su aplicación de forma indefectible frente a toda ley que resultara ser aplicable al contrato en virtud de las disposiciones del RRI (art. 9.2). En este sentido, la dignidad de la persona, los derechos constitucionalmente proclamados, el valor de la igualdad, entre otros, constituyen elementos cuya observancia el Estado español considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos. Y estos extremos en la relación de trabajo cobran una indiscutible relevancia a fin de preservar un núcleo de tutelas de la posición jurídica del trabajador frente a la aplicación de leyes extranjeras que desconozcan tales garantías institucionales.

Una regla específica en relación con las leyes de policía se contiene en el art. 9.3 RRI: podrá darse efecto a las provenientes *«del país en que las obligaciones derivadas del contrato tiene que ejecutarse o han sido ejecutadas»* cuando determinen la ilegalidad de la ejecución del contrato (art. 9.3).

Debe destacarse que el CR y el RRI atribuyen un poder al juez del conflicto para aplicar las leyes de policía, pues es él quien ha de establecer si debe darse efecto a estas disposiciones de carácter imperativo o no, teniendo en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que cabría deducir de su aplicación o inaplicación (art. 7.1 CR y 9.3 RRI), aspecto este último que el Convenio de Roma presenta como susceptible de reserva por los Estados Parte en el momento de su firma, ratificación, aceptación o aprobación (así lo dispone el art. 22.1 de su articulado), posibilidad no recogida finalmente en el Reglamento.

La segunda referencia que permite integrar la noción de leyes de policía viene determinada por *«las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato»* (art. 7.2 CR); esto es, las leyes esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos de la ley del foro (art. 9.2 RRI). Resultan de

aplicación imperativa y prevalecen sobre cualesquiera otras, incluidas las leyes de policía extranjeras. Por consiguiente, es el juez quien debe pronunciarse acerca de las leyes de policía del país en que está radicado el foro (art. 21 RRI). En todo caso, la determinación de la ley del país del juez (*lex fori*) resulta de la aplicación de las reglas de conflicto del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I), así como del Convenio de Lugano si el demandado está domiciliado en un Estado miembro de la UE o de la Asociación Europea de Libre Cambio, (arts. 18 a 21, 5.1 y 17.5 del mencionado Convenio) o conforme las reglas establecidas en la LOPJ (arts. 21 y 25).

3.5. La invocación del principio de reciprocidad

La ley del lugar habitual de la prestación, en tanto regla supletoria respecto de la de elección por las partes, puede, sin embargo, quedar condicionada en su aplicación como consecuencia de la intervención del principio de reciprocidad. A su vez, la reciprocidad puede ser objeto de exclusión radical sólo cuando así figure en instrumento internacional, con el fin de impedir la inaplicación de la ley del lugar de ejecución por confrontación con contenidos que no figuran en la ley objeto de comparación.

Significativa es la exclusión del principio de reciprocidad por parte de España en el Convenio nº 97 OIT sobre trabajadores migrantes en relación con las condiciones de trabajo allí recogidas. Bien es cierto que el Convenio nº 97 al ordenar la aplicación de la ley de ejecución al trabajador extranjero la circunscribe a materias *«reglamentadas»* sea por la legislación o *«que dependen de las autoridades administrativas»* (art. 6.1, a). Las materias afectadas por la exclusión resultan básicas: salarios, jornada de trabajo, vacaciones anuales, trabajo a domicilio, trabajo de mujeres y menores y cualesquiera

«ventajas» que ofrezcan los «contratos colectivos». Asimismo, y en orden a distintos elementos de protección social tampoco se admite la regla de la reciprocidad respecto de las prestaciones de la Seguridad Social, acceso a la vivienda, impuestos sobre las rentas de trabajo y la protección jurisdiccional (verificar cláusula del Convenio 97).

Al margen de la reseñada disposición convencional internacional, la reciprocidad puede invocarse respecto de otras condiciones de trabajo, si bien presenta los límites ya impuestos a la autonomía individual en la elección de ley aplicable: respeto a las leyes de policía del lugar de ejecución del contrato; normas de orden público del mismo y mayor favorabilidad del trabajador, en los términos indicados por el Convenio de Roma (arts. 7 y 16) y por el Reglamento comunitario (RRI, arts. 9 y 21). En el ámbito de las normas de orden público –ámbito constituido en Derecho español fundamentalmente por el valor de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes e inalienables– la tutela de la igualdad en su versión de no discriminación constituye un núcleo invulnerable para el eventual juego del principio de reciprocidad.

La lectura combinada del art. 13.1 CE en relación con lo dispuesto en el art. 10.1 CE permite erigir la dignidad de la persona en soporte constitucional incontrovertible para la delimitación de los derechos que a los trabajadores extranjeros asisten en territorio nacional, aún con independencia de su situación jurídico-administrativa³⁶. En coherencia

³⁶ Paradigmática es a este respecto la STC 236/2007 que, justamente, hace pender la configuración de derechos de los extranjeros, en particular, de los trabajadores extranjeros, de la consideración de la dignidad de la persona, conforme al alcance que a la misma dan los Tratados internacionales ratificados por España en la materia. Vid. los comentarios a esta jurisprudencia en TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. y MONEREO PÉREZ, J.L., *Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de*

con lo anterior, los tratos discriminatorios carecen de cobertura jurídica alguna, tanto cuando la discriminación está fundada en causas relativas a la condición de «extranjero» o pertenencia a alguna raza, religión, etnia o nacionalidad, como cuando la discriminación lo es por razón de sexo.

En todo caso, la aplicación del principio de reciprocidad no puede obstar la intervención de las normas de orden público del foro y las leyes de policía (arts. 7 y 16 CR y arts. 9 y 21 RRI). En este último sentido, las disposiciones relativas a la tutela de la dignidad de las personas, las medidas antidiscriminatorias y la preservación del principio de igualdad en las relaciones de trabajo deben considerarse aspectos inmunes a la invocación de la reciprocidad legal o convencional en territorio español por formar parte del concepto de leyes de policía conforme el RRI³⁷, así como las disposiciones imperativas legales y convencionales de ordenación de las relaciones de trabajo (jornada de trabajo, régimen retributivo, salud laboral, modificación y extinción del contrato, etc.) al estar integradas en el denominado «orden público laboral».

3.6. Leyes aplicables a las formas y solemnidades del contrato de trabajo

Por regla general, la validez formal del contrato de trabajo dependerá, fundamental-

diciembre, RL, 2008, nº 6 y 7. RAMOS QUINTANA, M.I., *Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida*, RDS, nº 42, 2008, p. 45 y ss.

³⁷ En el Asunto *Arblade y Leloup*, el TJCE identificó las «leyes de policía y seguridad en el trabajo» con «las disposiciones nacionales cuya inobservancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él», STJCE de 23 de noviembre de 199, en relación con la aplicación de la Directiva 96/71/CE.

mente, de la ley aplicable al fondo (la que rige el contrato conforme las reglas ya enumeradas) o, en otro caso, por la ley del lugar de celebración del mismo (arts. 9.1 y 11.1, respectivamente CR y RRI). El RRI, sin embargo, distingue entre las reglas de conflicto señaladas para resolver la cuestión de las formas y solemnidades contractuales alguna regla añadida más, dependiendo del lugar en que se encuentren las partes al suscribir el contrato: a) si las personas, o sus representantes, se encuentran en un mismo país, las formas las regula la ley del fondo o, alternativamente, la ley del país en que se suscriba el contrato; b) si ambas partes se encuentran en distintos países, o sus representantes, en el momento de la celebración el contrato éste ha de reunir las condiciones de forma de: a') la ley que lo rija en cuanto al fondo (siguiendo las reglas del RRI) o bien, b') de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de suscribirlo, o c') de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento (art. 11.2 RRI), añadiendo así el Reglamento esta tercera opción –la ley de residencia habitual– no contemplada originariamente en el Convenio de Roma (art. 9.2).

Tal amplitud de opciones armoniza perfectamente con la libertad de formas que en el Derecho español y para el contrato de trabajo establece el art. 8.1 LET. Ha de tenerse en cuenta que la presunción de existencia del contrato de trabajo a falta del requisito de la escritura, por consiguiente, juega también para los contratos con elemento de extranjería a los que resulte aplicable la ley española; tal presunción ha de extenderse, coherentemente, a los efectos derivados de la forma (en relación con aquellos supuestos cuyas exigencias de forma alcancen extremos relativos a la duración del contrato (arts. 8.2 LET). Y, asimismo, la ley que rige la forma del contrato atenderá aquellos supuestos en que ciertas modalidades contractuales laborales

puedan exigir obligatoriamente la forma escrita.

En la relación de trabajo aparecen vicisitudes que pueden llevar aparejadas ciertas formalidades –comunicaciones por escrito de movilidad geográfica, movilidad funcional, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, notificación del despido, etc.– a las que no se aplicará la ley que rige la forma, sino la reguladora de su contenido (arts. 10.2 CR y 12.2 RRI).

3.7. Las reglas que rigen la capacidad para contratar

Las disposiciones del Convenio de Roma y del Reglamento comunitario no se aplican a la capacidad (de las personas físicas y jurídicas), conforme establece el art. 1.2, a) y e) y el art. 1.2, a) y f), respectivamente). Asimismo, el RRI no resulta de aplicación a los actos previos de preparación del contrato, actos anteriores a la celebración del contrato, a los que resulta de aplicación el Reglamento (CE) 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, (Roma II), conforme se desprende de lo dispuesto en su art. 12. Es regla común admitida aplicar a estos supuestos –la capacidad para contratar– la ley personal del contratante que, a su vez, viene determinada por la nacionalidad, conforme señala el art. 9.1 CC. Del mismo modo, las limitaciones a la capacidad, la incapacidad y los modos de completarla o suplirla se rigen, igualmente, por la ley personal³⁸. Por consiguiente, la ley rectora del contrato no interviene en las cuestiones relativas a la capacidad para contratar en general y para celebrar contratos de trabajo, en particular. Tratándose de personas jurídicas, la capacidad viene regulada por el art. 9.11. 1º CC que

³⁸ Para un análisis en profundidad, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, CES, Madrid, 2003, especialmente, p. 131 y ss. y 285 y ss.

también sigue la ley nacional de la persona jurídica.

No obstante lo expresado hasta aquí, hay algunas reglas establecidas en el CR y RRI que es conveniente atender en materia de capacidad e incapacidad: en aquellos contratos de trabajo celebrados por personas físicas que se encuentren en un mismo país y dispongan de capacidad conforme a la ley de dicho país, los contratantes no invocarán su incapacidad contemplada por otra ley aplicable conforme a la regla de conflicto del foro (la ley personal, por lo general), con una excepción: cuando dicha incapacidad fuera conocida por la otra parte, o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte (art. 11 CR y art. 13 RRI). Esta regla trata de proteger la seguridad del tráfico jurídico evitando que el contrato pueda ser declarado nulo por falta de capacidad de una parte por aplicación de una ley distinta a la del lugar del contrato, como pudiera ser la ley nacional.

Aspecto particularmente controvertido ha sido y es la edad apta para celebrar contratos, en particular, para concertar un contrato de trabajo. Respecto de los países que han ratificado el Convenio número 138 OIT de edad mínima de admisión al trabajo, el cumplimiento de los 14 años se convierte en requisito de orden público. Si la edad mínima para celebrar contratos de trabajo es cuestión de orden público, en las relaciones de trabajo desarrolladas en España ha de ser aplicada la ley española que rige la capacidad, en detrimento de la ley personal. A sensu contrario, el art. 10.8 CC admite la validez del contrato de trabajo celebrado en España por extranjero incapaz conforme a su ley nacional cuando la causa de incapacidad tiene su origen en normas que violen el art. 10.1. Otros aspectos no atinentes a la capacidad para contratar, pero que forman parte de los tratos previos a la celebración del mismo (precontratos), escapan a la regulación establecida en el CR y RRI (Preámbulo, declaración 10), siéndoles de aplicación el art. 12 del Reglamento (CE)

nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)³⁹.

En cuanto a los trabajadores extranjeros, pese a que el art. 7.1 LET incardina este supuesto en un precepto titulado «*Capacidad para contratar*», su apartado c) señala que podrán concertar la prestación de trabajo, «*de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia*». Sobre este precepto y en relación con la referencia a la legislación específica, se ha considerado que la misma no puede ser otra que la denominada «legislación de extranjería» que regula la entrada, residencia y trabajo de los extranjeros en España. Sin embargo, las normas de extranjería no regulan la capacidad para contratar; sí impone requisitos de aptitud⁴⁰ para que los extranjeros puedan trabajar en España, entre otras medidas, imponiendo el deber de disponer de autorización administrativa para ello con consecuencias que se proyectan no sobre la validez del contrato así celebrado, sino sobre los efectos que del mismo cabe deducir⁴¹. La capacidad para contratar de los trabajadores extranjeros se rige, pues, por las reglas del Código Civil⁴².

³⁹ DO L 31.7.2007.

⁴⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*, cit., p. 135-137.

⁴¹ RAMOS QUINTANA, M. I. «*El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica*» en *Derechos y Libertades de los extranjeros en España*. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. T. I, Edita Gobierno de Cantabria y AEDTSS. 2003, p. 554-560.

⁴² MOYA ESCUDERO, M., *La ley aplicable al contrato de trabajo en Derecho internacional privado español*, REDI, XXXIV, 1982, y de la misma autora, *La capacidad del trabajador extranjero en Derecho internacional privado español*, REDT, nº 10, 1983.

4. RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: LEYES APLICABLES

4.1. Conflictos colectivos, huelga y ley que rige la aplicación del convenio colectivo

El aparato normativo comunitario elaborado para la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales no aborda la correspondiente a las relaciones colectivas de trabajo, cuya remisión a su desarrollo en los términos establecidos en las legislaciones internas de cada Estado miembro es la solución por ahora escogida. Significativamente, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior⁴³, terminó por excluir de su ámbito de aplicación numerosas materias, entre otras, las referidas a las relaciones laborales individuales y colectivas. Señala la misma que su regulación no afecta, entre otras, «a las relaciones entre los interlocutores sociales, incluido el derecho de negociar y celebrar convenios colectivos, el derecho de huelga y de emprender acciones sindicales», por lo que éstas se desarrollarán «de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales» presuponiendo que «respetan el derecho comunitario» (Considerando 14).

En los conflictos colectivos y, en particular, en materia de huelga, se está de acuerdo⁴⁴ en que ha de aplicarse la ley del lugar en que se producen. Convergen en este ámbito reglas de orden público (procedimiento administrativo de composición, huelgas en servicios esenciales, servicios mínimos), lo que, a mayor abundamiento, fuerza la aplicación de la ley del lugar de manifestación del conflicto. En los ámbitos –y ordenamientos– que recurren a

mecanismos de autocomposición de conflictos y de autorregulación en supuestos de huelga, puede predicarse de dichas fórmulas el mismo carácter de orden público sin que sea posible utilizar fórmulas auto-componedoras diferentes al sistema por referencia a otra ley extraña al ordenamiento interno. Igualmente, las soluciones autónomas o negociadas de los conflictos laborales de naturaleza colectiva obligan a utilizar instrumentos de autorregulación o convencionales, o institucionales no jurisdiccionales, que en muchos casos se aplican y despliegan efectos de forma directa y vinculante, sin que los intereses individuales –por tanto, la ley elegida por las partes– puedan obstar el tratamiento y la solución autónoma colectiva del conflicto. Esta última cuestión enlaza con la ley que ha de regir la aplicación, o no, de los convenios colectivos (cuya eficacia jurídica en el Derecho español genera derechos indisponibles para los trabajadores (art. 3.5 LET) y lo vuelve inderogable por la autonomía de la voluntad).

La aplicación de los convenios colectivos presenta sus particularidades. En principio y como regla de partida a los convenios no se les aplica ni el Convenio de Roma ni el Reglamento 593/2008, por regla general, pero sí en cuanto los convenios integren la ley elegida por las partes, o la aplicable en defecto de elección y en cuanto disposiciones imperativas más favorables que no pueden ser desconocidas por la libertad de elección.. En cuanto a la segunda de las opciones apuntadas, esto es, ley aplicable en defecto de elección, ésta remite a la del lugar en el que radique el ámbito de aplicación del convenio colectivo que será, lógicamente, el correspondiente al lugar de trabajo y que habrá de coincidir con la ley nacional común de la organizaciones sindicales y empresariales que hayan suscrito el convenio en cuestión (ante la inexistencia de negociación colectiva transnacional, ni comunitaria propiamente dicha); la propia ley seguida por las partes del convenio «puede venir en su

⁴³ DOCE 27.12.2006, conocida como «Directiva Bolkestein».

⁴⁴ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 910.

ayuda para su aplicación al ámbito por él regulado»⁴⁵.

Trayendo a colación dos disposiciones normativas que regulan supuestos de información y consulta a los representantes de los trabajadores, como son, la Ley sobre información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas comunitarios, Ley 10/1997, de 24 de abril, modificada por la Ley 44/1999, de 29 de noviembre, así como la más reciente Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, ha de tomarse en consideración las reglas por ellas establecidas. En primer lugar, ha de admitirse en España la eficacia jurídica de un doble tipo de acuerdos, aunque se hayan celebrado conforme a las legislaciones de otros Estados miembros: a) los alcanzados entre las comisiones negociadoras y las direcciones centrales de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, b) los suscritos entre dichas comisiones y los órganos correspondientes de las sociedades participantes en la constitución de la Sociedad Europea y de Sociedades Cooperativas Europeas. Obligan tales acuerdos a todos los centros de trabajo de la Sociedad Europea y sus empresas filiales radicados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos (art. 32, pfo. 1º, Ley 31/2006). En segundo lugar, en cuanto a la eficacia temporal de los antedichos acuerdos, rigen durante todo el tiempo de su vigencia (art.s 32, pfo. 1º, Ley 31/2006 y art. 29 Ley 10/1997).

Recientemente, algunos pronunciamientos del TJCE, especialmente, en los Asuntos «*Viking*», «*Laval*» y «*Rüffert*»⁴⁶ han generado un gran debate y desatado una gran inquietud en círculos laboralistas al verificar cómo determinados derechos colectivos de conteni-

do social han sido objeto de una interpretación restrictiva por el tribunal europeo, haciendo prevalecer las libertades comunitarias de libre desplazamiento y libre prestación de servicios como límite a la aplicación de los convenios colectivos y a la acción colectiva de los trabajadores⁴⁷. Esta preocupación debe ser compartida.

En el Asunto «*Viking*» una empresa marítima que cambia de pabellón sustituyendo su plantilla de trabajadores por otra, con trabajadores de otra nacionalidad, decide obtener una ventaja competitiva aplicando a los nuevos trabajadores el convenio colectivo de su país de origen, en detrimento del convenio colectivo que rige para el sector en el país de realización de la prestación laboral. La sentencia admite que los sindicatos, convocantes de huelga para conseguir de la empresa privada la celebración de un convenio colectivo con condiciones asimilables al convenio inicial, al ejercer tal presión obligando a suscribir nuevo convenio –cuyo contenido puede disuadir a la empresa del ejercicio de la libertad de establecimiento– imponen una restricción a la libertad comunitaria concernida (art. 43 TCE⁴⁸) al haber adoptado medidas consideradas no adecuadas para garantizar el objetivo perseguido. En el Asunto «*Laval*», un fenómeno de *dumping* social provocado por el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios a los que se abona el salario fijado en el convenio del que eran nacionales (empresa y trabajadores) claramente inferior al establecido en el convenio colectivo del sector del país al que fueron desplazados, obliga a los sindicatos de este último país al convocar una huelga, pidiendo la aplicación del convenio colectivo de sector. El litigio es resuelto por el TJCE en una línea de orientación igualmente

⁴⁵ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M^a E., *Derecho del Trabajo*, cit., p. 911.

⁴⁶ Sentencias de 11 y 18 de diciembre de 2007, y de 3 de abril de 2008.

⁴⁷ Por todos, véase el monográfico dedicado por RL, nº 15-16, 2008, sobre *Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas*.

⁴⁸ Nuevo art. 49 TFUE.

restrictiva, estimando que el art. 49 TCE⁴⁹ se opone a que una organización sindical pueda ejercer medidas de conflicto colectivo frente a una empresa prestataria de un servicio establecida en otro Estado miembro pretendiendo iniciar una negociación sobre la cuantía del salario abonable a los trabajadores desplazados y a adherirse a un convenio que establece condiciones retributivas más favorables. En «*Rüffert*», la subcontratación de obras de la construcción con empresa establecida en otro Estado miembro de la UE que desplaza temporalmente trabajadores de ese país permite pagar un salario inferior al contemplado en el convenio colectivo de sector, siendo que la empresa contratante en un proceso de licitación pública había admitido la condición de abonar a los trabajadores que fueran empleados en dicha obra, como mínimo, el salario vigente en el lugar de ejecución. La Sentencia centra el hilo discursivo de su argumentación en la eficacia del convenio colectivo en cuestión destacando que no se trata de un convenio colectivo declarado de aplicación general (sólo se aplica a una parte del sector de la construcción) y alcanzando la conclusión de que la base de la convocatoria pública que establecía la condición retributiva es contraria al art. 49 TCE⁵⁰, a la libre prestación de servicios en territorio comunitario, no en sí misma, sino por referencia al convenio.

Sin que aquí sea lugar idóneo para llevar a cabo un análisis riguroso acerca del impacto de esta jurisprudencia, puede compartirse la preocupación manifestada en el sentido de alertar acerca de la peligrosidad de desconocer la distribución de reglas y principios que el propio marco comunitario ha elaborado a fin de combatir que las prácticas empresariales de externalización y los desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios acaben por imponer un deterioro generalizado de condiciones de trabajo desconociendo los mínimos

(imperativos) de orden legal y convencional como vehículo para alcanzar ventajas competitivas por parte de las empresas⁵¹.

4.2. Relaciones de Seguridad Social

Las disposiciones reguladoras de las relaciones jurídicas de Seguridad Social (empresario/trabajador/ entidades gestoras o colaboradoras y servicios comunes en España) forman parte, dada su naturaleza de Derecho público, de las normas de *ius cogens*, de un orden público, no susceptibles de elección por la autonomía de la voluntad. Se ha producido una notable tendencia a la expansión de la cobertura brindada por los sistemas de Seguridad Social⁵² en un doble sentido: a) en la extensión de su campo de aplicación, consecuencia de transformaciones en la figura del «trabajador» y de la orientación hacia la universalidad de la cobertura, pero muy especialmente, incorporando a los extranjeros a dicho campo; y b) en la ampliación de su ámbito territorial, proyectando más allá de las fronteras del Estado la protección de los nacionales en el exterior. Consecuencia de ello ha sido la superación, por una parte, del principio «laboralista», dada la tendencia de la Seguridad Social hacia la universalidad, así como del «nacionalista», alejando a la Seguridad Social de una forma de protección apegada al concepto tradicional del Estado-Nación⁵³. Las migraciones laborales y los desplazamientos temporales de trabajadores, así como la realización habitual del trabajo convenido en distintos países generan

⁵¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español*, cit., p. 1371-1374.

⁵² RAMOS QUINTANA, M. I., *El trabajo de los extranjeros en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, p. 172.

⁵³ Tendencia de los sistemas de Seguridad Social que comenzó a revelarse hace ya mucho tiempo, vid. MONTOYA MELGAR, A., *El Derecho internacional de la Seguridad Social*, RPS, 1964, nº 61, p. 395.

⁴⁹ Nuevo art. 56 TFUE.

⁵⁰ Art. 56 TFUE.

múltiples situaciones en las que la antigua regla de la aplicación territorial de los sistemas estatales de Seguridad Social se manifiesta insuficiente, inadecuada y desfasada para resolver las demandas de protección social derivadas de tal tipo de prestaciones de trabajo.

La confluencia de normas de Derecho interno a las que se suma la interacción de normas de Derecho internacional, de orden uniforme, supranacional o convencional, ha contribuido a crear lo que comúnmente se ha denominado «Derecho internacional de la seguridad social» o, desde otra perspectiva, «Seguridad Social internacional»⁵⁴ abordando con mayor extensión y amplitud la cobertura social de las relaciones de trabajo en las que está presente un elemento extranjero. En estas relaciones conviven elementos de distinto signo: la relación de trabajo misma, la relación jurídica de Seguridad Social establecida entre el trabajador, la empresa y las entidades de gestión del sistema, a lo que debe añadirse la ordenación jurídica de la condición de extranjero (condición que puede ser de trabajador y/o de la empresa) con sus exigencias de legalidad y regularidad del trabajo y la residencia en un determinado país.

El análisis riguroso de la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, así como el seguimiento de las reglas de la coordinación comunitaria en esta materia exceden, con mucho, el objeto de este trabajo, siendo merecedoras de tratamiento exhaustivo específico, quedando aquí tan sólo apuntadas algunas de las cuestiones que, de forma general, inciden en dicho tratamiento.

⁵⁴ Vid. sobre ambas expresiones, PERRIN, G., *Les fondements du droit international de la sécurité sociale*, Droit Social, 1974, nº 12, p. 479 y ss.

5. DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN EL TERRITORIO COMUNITARIO

5.1. Los desplazamientos temporales en el marco de prestaciones de servicios de carácter transnacional en la Directiva 96/71/CE: la ley aplicable al contrato de trabajo durante el desplazamiento

Las particularidades de los desplazamientos temporales de trabajadores nacionales de un Estado miembro dentro de la Unión Europea se rigen por la Directiva 96/71/CE, del Parlamento europeo y del Consejo 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Representa el instrumento comunitario cuya finalidad no es otra que determinar una serie de condiciones de trabajo aplicables en el lugar donde temporalmente se presta el trabajo en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional realizada por el empresario⁵⁵.

Se trata de una disposición que regula los desplazamientos temporales de trabajadores a nivel intracomunitario (entre los Estados miembros de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo) pretendiendo asegurar con carácter mínimo e imperativo una serie de condiciones de trabajo en el país de destino temporal, con independencia de cuál sea la ley aplicable al contrato de trabajo⁵⁶.

⁵⁵ Un estudio de la Directiva en profundidad puede verse en la obra colectiva dirigida por CASAS BAAMONDE, M^ª E. y DEL REY GUANTER, S., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002.

⁵⁶ La libre circulación de trabajadores como fundamentos *trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 49 y ss. Y, por el contrario, sobre la orientación excesivamente «economicista» de la misma, vid. LANDA, J. P. y FOTINOPOULOU, O., *Breve comentario de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*

La concurrencia leal entre las empresas prestadoras de servicios y el respeto a los derechos de los trabajadores representa el juego de equilibrios que la Directiva se propone alcanzar. Su aplicación se produce siempre y cuando exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante todo el tiempo de desplazamiento (art. 1.3, a), b) y c). La noción de trabajador siempre se corresponde con la del derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado (art. 2.2); los desplazamientos serán «temporales», nunca habituales o indefinidos y con objeto de una prestación de servicios de carácter transnacional concertada por la empresa para la cual el trabajador realiza la actividad asalariada.

La Directiva que establece una regla específica sobre ley aplicable al contrato de trabajo: todo lo referente al núcleo sustancial de condiciones de trabajo y empleo se regirá por la ley «*del Estado donde se efectúe el trabajo*». Por consiguiente la «*lex loci laboris*» tiene preferencia frente a la ley del país de origen del trabajador o de aquél en que se celebró el contrato. En realidad, la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las disposiciones necesarias para garantizar a los trabajadores que son temporalmente desplazados a sus territorios en el marco de operaciones empresariales de prestación de servicios de carácter transnacional, la aplicación de unas condiciones de trabajo que se rigen por un núcleo de disposiciones imperativas con carácter de «mínimos», cualquiera que sea la ley aplicable a las relaciones laborales de los trabajadores temporalmente desplazados (arts. 1 y 3.1).

De este modo, la ley aplicable al contrato de trabajo que vendría determinada por las reglas fijadas en el CR y RRI quedan inmunes a las de la Directiva 96/71/CE, cuya finalidad es asegurar la aplicación prevalente de

la ley de ejecución del contrato en el momento del desplazamiento temporal, en lo concerniente a las disposiciones imperativas del mismo⁵⁷. No altera, sin embargo, la Directiva la protección o cobertura en el ámbito de la Seguridad Social, por lo que en nada afecta a las reglas contenidas en el Reglamento 1408/71/CEE sobre aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores migrantes que se desplazan dentro de la Comunidad, ni a las referidas en la Directiva 98/49/Ce del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de dichos trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que circulan dentro de la Comunidad.

En la Directiva, las nociones de orden público y leyes de policía del lugar de ejecución del trabajo efectuado en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional resultan ser en gran medida «*coincidentes*»⁵⁸, operando así una determinación de condiciones de trabajo «*cuya regulación más favorable en el Estado de acogida produce su aplicación imperativa a los contratos de trabajo de los trabajadores temporalmente desplazados*»⁵⁹. La vocación y pretensión de la Directiva de hacer prevalecer las normas de orden público de las leyes internas no pueden ser tan extensas que terminen por desplazar la ley de origen o ley rectora del contrato, evitando restricciones injustificadas a las prestaciones transnacionales de servicios y distorsiones de la competencia⁶⁰.

⁵⁷ Lo que representa una «regla especial» para hallar la conexión que conduce a la ley aplicable, JUÁREZ PÉREZ, P., *El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado*, RL, nº 7, 1999, p. 92.

⁵⁸ CASAS BAAMONDE, M^a E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 66.

⁵⁹ *Idem*, p. 67.

⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE*, RL, nº 23, 1999, p. 8.

que incorpora al ordenamiento jurídico española Directiva 96/71/CE, RL, nº 9, 2000, p. 9 y 10.

Sin duda, ambos ordenamientos jurídicos están llamados a convivir en un marco de equilibrios en el cual el trabajador no se vea privado de las condiciones de trabajo que rigen de manera imperativa en el lugar del desplazamiento, y siempre que resulten más favorables que las ordenadas sobre las mismas materias por la ley rectora del contrato de trabajo. La ordenación comunitaria contenida en la Directiva, siempre y en todo caso, es subsidiaria en relación con la ley de mayor favorabilidad a los intereses del trabajador, por lo que la ley del lugar de ejecución del «trabajo desplazado» ha de ceder frente a la ley aplicable al contrato de trabajo (considerando 17 de la Directiva). Y la comparación para determinar cuál ha de resultar más favorable ha de hacerse de modo singular, una a una, y no de forma conjunta o global⁶¹.

El ejercicio de las acciones judiciales en reclamación de los derechos laborales derivados de la Directiva ha de llevarse a cabo conforme al foro especial del lugar de ejecución temporal del trabajo, sin perjuicio de la facultad de ejercicio de acciones judiciales en otro Estado de acuerdo con los convenios internacionales sobre competencia judicial a los que más arriba se ha hecho referencia.

5.2. Transposición de la Directiva 96/71/CE al ordenamiento español: ampliación del ámbito de afectación subjetivo y material a los que resulta de aplicación las disposiciones del lugar del trabajo «desplazado»

La transposición al Derecho español de la Directiva 96/71 se llevó a cabo mediante la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, la cual procedió a efectuar una ampliación del campo de aplicación personal, así como del ámbito obje-

tivo de protección de la Directiva comunitaria. Entre otras cosas, ni el CR ni el RRI, ni tampoco el CC ni el art. 1.4 LET establecen las bases jurídicas pertinentes a fin de imponer a las empresas establecidas en otros Estados miembros la obligación de aplicar a sus trabajadores desplazados temporalmente a España una serie de condiciones de trabajo «mínimas» fijadas pro el Derecho español, lo que justifica la adopción de la Ley 45/1999 transponiendo la Directiva.

Aun cuando pudiera pensarse que estos desplazamientos temporales en el marco de prestaciones transnacionales de servicios se benefician de la libre circulación de trabajadores, sin embargo, las disposiciones reguladoras de este derecho sólo establecen un marco igualitario de condiciones de trabajo, prohibiendo toda discriminación por razón de la nacionalidad⁶², pero no eliminan las dificultades y la necesidad de fijar las reglas delimitadoras del conflicto de leyes al no señalar que deba aplicarse al contrato de trabajo la ley local⁶³.

La ley 45/1999 reitera y al mismo tiempo «rellena»⁶⁴ en sentido inverso el alcance de la regla establecida en el art. 1.4 LET, pues se extiende también sobre los desplazamientos de trabajadores españoles a otros Estados miembros de la UE y del EEE en ejecución de prestaciones de servicios de carácter transnacional operados por empresas radicadas en España (art. 2.2, b). Y por lo anterior, complementa las reglas sobre movilidad geográfica del art. 40 LET (STS 1-07-86, A. 3917) de modo que la causalidad de la decisión de movilidad, los procedimientos, la duración y efectos allí contemplados resultan de aplica-

⁶² RAMOS QUINTANA, M. I., «La discriminación por nacionalidad en el Derecho Comunitario: problemas de extranjería», *Actum Social* (Ed. F. Lefebvre), nº 11, 2007, p. 47 y ss.

⁶³ CASAS BAAMONDE, M^a E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, cit., p. 79.

⁶⁴ *Idem*, p. 81.

⁶¹ CASAS BAAMONDE, M^a E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, cit., p. 72.

ción a las operaciones empresariales de prestaciones transnacionales de servicios⁶⁵, exigiendo que se respeten las condiciones de trabajo *previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE*» (art. 2.1, b).

El concepto de trabajador desplazado se vincula con independencia de cuál sea su nacionalidad comunitaria, con la identificación de la empresa para la que presta servicios asalariados: *«el desplazado a España durante un período limitado de tiempo en el marco de una prestación de servicios transnacional»* (art. 2.1. 2º), sin perjuicio de las normas relativas a la entrada, permanencia, trabajo y establecimiento de los extranjeros en España (Disp. Adic. 5ª), cuya aplicación no queda obviada por el régimen propio de los desplazamientos temporales aquí analizados.

La ley 45/1999 extiende este concepto –aunque la Directiva no obliga a ello– a trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal cuando son puestos a disposición de una empresa usuaria en el extranjero y desplazados temporalmente a España por esta última en el marco de una prestación transnacional de servicios (art. 2.2), excluyéndose por tanto los desplazamientos por mera puesta a disposición: el desplazamiento lo efectúa la empresa usuaria dentro de los servicios que el trabajador habitualmente realiza para ella en virtud de la puesta a disposición por la ETT⁶⁶.

Los desplazamientos temporales afectados y regulados por la Ley 45/1999 son los motivados por una serie de causas: a) realización

⁶⁵ SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, cit., p. 38 y ss.

⁶⁶ Lo que supone una excepción a la regla general que exige la existencia de contrato de trabajo entre el empresario que ordena el desplazamiento y el trabajador desplazado, CASAS BAAMONDE, Mª E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, cit., p. 85.

de tareas correspondientes a una contrata o ejecución de servicios encargada a la empresa del trabajador desplazado, b) la prestación de trabajo por parte del trabajador desplazado en un centro de trabajo de la propia empresa o de una empresa del grupo, c) el envío en misión por una empresa de trabajo temporal en sus relaciones con empresas usuarias (art. 2). A este conjunto de reglas le sigue alguna excepción: trabajadores de la marina mercante⁶⁷ (art. 1.2), desplazamientos de muy corta duración (art. 3.3). Todos los supuestos delimitados exigen el soporte de una relación laboral «viva» entre la empresa ordenante y el trabajador desplazado. En el caso de las ETTs que desplacen trabajadores a España habrán de cumplir con las condiciones que se exigen a las ETTs españolas (art. 3.2 y Disp. Final 1ª), cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de puesta a disposición celebrado entre la ETT española y cuyos trabajadores percibirán, como mínimo, la retribución total del puesto de trabajo fijada en convenio colectivo de la empresa usuaria (art. 4.2). En todo caso, la ley salva la aplicación de la *ley más favorable* al trabajador desplazado en el ordenamiento que rige con carácter general su relación de trabajo (art. 3.5).

Con independencia del sector productivo, la Ley 45/1999 asegura a los trabajadores una garantía de condiciones mínimas que en la Directiva sólo venían atribuidas a los tra-

⁶⁷ En realidad, los trabajadores del mar y trabajadores de la marina mercante, en particular, disponen de un marco de reglas de conflicto para la determinación de la ley aplicable al contrato de embarque, cuyo análisis y valoración exhaustivos merecen un tratamiento particularizado. No obstante, esta cuestión ha sido estudiada en profundidad, entre otros por, FOTINOPOULOU BASURKO, O., *El contrato de trabajo de la gente de mar: estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Comares, Granada, 2008. Más recientemente, ASÍN CABRERA, Mª A., *La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, T. VIII, 2008, p. 373-386.

bajadores del sector de la construcción⁶⁸, conforme señala su art. 1. Las condiciones de trabajo garantizadas son más amplias que las recogidas con carácter de mínimos en la Directiva, en la medida en que lo son todas las establecidas en las normas laborales españolas de origen legal o convencional, relativas a: tiempo de trabajo (incluyendo trabajo nocturno, a turnos, ritmo de trabajo, fiestas y permisos); no discriminación de trabajadores temporales y a tiempo parcial; respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, incluida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual; la libre sindicación y los derechos de huelga y de reunión (art. 3.1). Igualmente, la cuantía del salario mínimo –garantizado en la Directiva– y que la ley 45/1999 concreta (art. 4.3). Condiciones de trabajo que son de aplicación imperativa en España, además de las expresamente recogidas en el texto de la Directiva: jornada máxima; descansos mínimos; duración de vacaciones anuales retribuidas; condiciones de cesión de mano de obra, en particular por ETTs; salud y seguridad e higiene; medidas de protección de mujeres embarazadas o que hayan dado a luz, de niños y de jóvenes; igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones sobre no discriminación (art. 3.1 y 2 de la Directiva). Por definición negativa, la Directiva no se aplica sobre la situación normativa de los estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales (Considerando 22).

⁶⁸ La posición común del Consejo de 3 de junio de 1996 incluye una nueva disposición, permitiendo a los Estados miembros ampliar la lista de condiciones de trabajo de origen legal o convencional y para actividades distintas de las recogidas en el Anexo de la Directiva –en él vinculadas a las del sector de la construcción–, *vid.* BELTRÁN MIRALLES, S., *Comentario a la Directiva comunitaria 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*, AL, XXIII, nº 19, 2000, p. 325 y ss. Esta posibilidad ha quedado ratificada en la STJCE, Asunto Arblade y Leloup (fallo 1), de 23 de noviembre de 1999.

6. RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO EN EL MARCO DE PRESTACIONES TRANSNACIONALES DE SERVICIOS CON TRABAJADORES NO COMUNITARIOS

El RD 2393/2004, de 30 de diciembre (en adelante, RELOE), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 7 de enero) contiene el desarrollo del mandato contenido en el art. 43.2 de dicha Ley (precepto cuya versión en el momento de ser aprobado el Reglamento procedía de la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000 sobre la originaria 4/2000 y actualmente, de la llevada a cabo recientemente por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre)⁶⁹. Hasta tanto se modifique el Reglamento citado para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición final tercera.1 de la LO 2/2009 (dentro de un período de seis meses a partir de la entrada en vigor de la citada Ley; por tanto, el plazo queda habilitado hasta el 13 de junio de 2010) los preceptos comprendidos entre los arts. 63 a 70, constitutivos de su sección 4ª del capítulo II de su Título IV, titulada «Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios» contiene el marco regulador de esta materia, marco que remite a «la normativa vigente», que no es otra que la ya analizada Ley 45/1999, de 29 de noviembre. En reali-

⁶⁹ La última modificación a que se hace referencia, efectuada sobre el art. 43.2 LOEX, únicamente afecta a la extensión de las condiciones de la «residencia», además del trabajo, que –se anuncia– reglamentariamente habrá de disponerse, Artículo único. Cuarenta y ocho, Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE del 12). Cabría esperar, pues, que el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley de extranjería pueda incorporar nuevo tipo de autorización «de residencia y trabajo» para los trabajadores temporalmente desplazados en virtud de prestación de servicios de carácter transnacional, desplazando así el tipo o modalidad de «autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada», establecido en el vigente art. 55 de dicho Reglamento, hasta ahora utilizado.

dad, la ordenación jurídica correspondiente se contiene solamente en los arts. 63 a 67, abordando los restantes preceptos materias extrañas y asistemáticamente ubicadas en la Sección de referencia.

Al margen de algunas dificultades relativas a un complejo juego de remisiones, se produce una estrecha relación entre la situación de residencia temporal de trabajadores extracomunitarios en España con la autorización para trabajar. La situación de residencia temporal y realización de trabajo en el marco de una prestación transnacional de servicios corresponde a los trabajadores extranjeros al servicio de empresas establecidas en Estados no miembros de la UE ni del EEE cuando se desplacen temporalmente al territorio español, por cuenta y bajo la dirección de una empresa extranjera. La empresa que ordena el desplazamiento debe tener su establecimiento fuera de la UE o del EEE, aspecto que viene regulado por la ley nacional del empresario o del país de constitución de la sociedad, en el que tenga su sede social, centro de actividad principal o administración central y la destinataria de tales prestaciones de servicios ha de encontrarse establecida en España. O estándolo en otro país, ejercer su actividad o estar radicada o contar con centro de trabajo radicado en España.

Esta delimitación permite excluir, sin duda alguna, a las empresas y a los trabajadores comunitarios, a los que no les es de aplicación esta disposición reglamentaria, rigiéndose, como ya se ha dicho, por lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE y en España, por la Ley 45/1999. Y con esta misma intención delimitadora, hay que precisar que el trabajador extranjero a que se refiere el Reglamento de la Ley de extranjería para estos supuestos no es aquél que viene a España a ocupar un empleo, «*sino a prestarlo en ejecución de un contrato previo*»⁷⁰. El desplazamiento debe

hacerse en virtud de un contrato preexistente y de una relación laboral aún «viva», siguiendo el esquema en este punto trazado por la Directiva 96/71 CE para las prestaciones transnacionales de servicios intracomunitarias. Tal relación debe constar de forma expresa y ser acreditada y manifestar una habitualidad en la actividad profesional del extranjero que ha de ser como mínimo de nueve meses en un intervalo comprendido dentro de un año (art. 6.1, b) RELOE)⁷¹.

De este régimen quedan excluidos: a) el personal navegante de la marina mercante (art. 64.2), exclusión que ya introdujo la Ley 45/1999 (art. 1.2), como ya se dijo; b) las actividades formativas –excluidas a los efectos previstos por y en la Ley 45/1999 (art. 1.3) cuando no respondan a una prestación de servicios transnacional–, excepto las promovidas en el marco de prestaciones de servicios de ámbito intraempresarial o de grupo de empresas.

Los supuestos de prestaciones transnacionales de servicios contemplados en el RELOE son:

- a) Contratos de servicios, es decir, ejecución de un contrato de servicios celebrado entre la empresa extranjera y el destinatario de la prestación (empresa) que se encuentre establecido o ejerza su actividad en España en virtud de los Convenios internacionales que sean de

vicios, Comentario al artículo 63, en AAVV. *Comentarios al Reglamento de Extranjería* (RAMOS QUINTANA, M. I., Dir.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 418.

⁷¹ El art. 64.1, a) RELOE exige, además, que la residencia del trabajador extranjero en el país donde radica la empresa que le desplaza sea «estable» y «regular», aspecto expuesto a una gran discrecionalidad administrativa en su comprobación y que no resultaría de aplicación si el nacional extracomunitario residiera regularmente en un país de la UE, en aplicación de la doctrina sentada en el Asunto *Van der Elst*, STJCE de 9 de agosto de 1994, *vid.* LANDA ZAPIRAIN, J. P., Comentario al art. 64 en *Comentarios al Reglamento de Extranjería* (RAMOS QUINTANA, M. I., Dir.), *cit.*, p. 425.

⁷⁰ CASAS BAAMONDE, M^a E., *Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de ser-*

aplicación, según en el supuesto definido en la disposición adicional cuarta de la Ley 45/1999 y que coincide con la figura que sobre contratas y subcontratas regula el art. 42 LET. A las condiciones de trabajo del trabajador desplazado se le aplican las listadas en la Ley 45/1999 y en torno a ellas, las disposiciones imperativas legales y convencionales, así como aquellos laudos sectoriales de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable, salvo la más favorable al trabajador (arts. 1.1 y 3.1 y 2 y 3.5, respectivamente de la Ley 45/1999).

- b) Desplazamientos temporales de trabajadores dentro de la misma empresa o grupo empresarial al que pertenezca: el desplazamiento ha de producirse desde centros de empresas establecidas fuera de España a centros de la misma o de otra perteneciente al mismo grupo en España, con independencia de que ésta última esté establecida o no en España para trabajar durante un período de tiempo determinado en el marco de una prestación transnacional de servicios. El art. 64.1, c) RELOE aclara que en tales supuestos son de aplicación las condiciones de trabajo previstas y en los términos que define la Ley 45/1999.
- c) Contratos de cesión o puesta a disposición de trabajadores. Este supuesto queda reservado a trabajadores «*altamente cualificados*» cuya actividad consista en la supervisión y asesoramiento de obras o servicios «*que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior*» (art. 63, c) RELOE). El Reglamento, ya se ha advertido⁷², no se

limita a contemplar por medio de este supuesto contratos de servicios entre empresa extranjera que presta el servicio de asesoramiento o supervisión y la empresa establecida, radicada o que ejerce su actividad en España, para lo cual desplaza temporalmente trabajadores cualificados, sino que también liberaliza las prestaciones transnacionales consistentes en la cesión de trabajadores a través de una empresa de suministro de mano de obra (ETT) establecida en un tercer Estado a una empresa usuaria española con las limitaciones subjetivas y objetivas expuestas: trabajadores altamente cualificados para labores de supervisión o asesoramiento a la empresa usuaria española en el exterior. Se trata de una cesión de trabajadores (pues el contrato de trabajo de preexistir al desplazamiento temporal) por parte de la empresa extranjera. Como quiera que la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal únicamente admite la actividad transnacional de este tipo de empresas en el espacio europeo (UE y EEE), razonablemente, se ha invocado la obligada reforma de la Ley antes citada para dotar a la regulación reglamentaria de la indispensable habilitación legal⁷³. Indispensable resulta la misma para que pueda hacerse efectiva la remisión de condiciones de trabajo a la Ley 45/1999, cuya ordenación obliga a respetar las disposiciones legales y convencionales existentes en España para estos trabajadores cualificados cedidos temporalmente en el marco de prestaciones de servicios de carácter transnacional.

⁷² CASAS BAAMONDE, M^a E., *Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios*, cit., p. 420-421.

⁷³ CASAS BAAMONDE, M^a E., *Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios*, cit., p. 421.

RESUMEN La aplicación territorial de las normas laborales se construye en la actualidad sobre un complejo marco de regulación nacional, supranacional y universal, orientado por los cambios que impone la aparición de nuevas realidades económicas y empresariales. Las reglas tradicionales de aplicación en cada Estado miembro de la Unión Europea de distintas normas de conflicto para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo cuando en él interviene un elemento extranjero (en la persona del trabajador o en la empresa, según donde esté establecida, radicada o donde desarrolle su actividad y preste sus servicios) han recibido un tratamiento uniforme en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 y, con carácter mucho más reciente, en el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Los desplazamientos de trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, al amparo de lo dispuesto en la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, constituyen el núcleo de una ordenación comunitaria específica mediante la cual se trata de garantizar a los trabajadores desplazados un estándar mínimo de condiciones de trabajo frente a prácticas empresariales que pretendan encontrar ventajas competitivas en la reducción de costes laborales. Los desplazamientos temporales de trabajadores de origen extracomunitario al espacio comunitario y, en particular, a España, con motivo de prestaciones transnacionales de servicios, completan este estudio.

ABSTRACT The territorial implementation of the labour rules is currently built on a complex national, supranational and universal legal framework, guided by the changes that the appearance of new economic and business realities imposes. The traditional implementation rules in each Member State of the European Union in relation with the different conflict-of-law rules to define which law is applicable to labour contracts obligations when a foreign element is included (a worker or company, depending on where the company is established, is located or develops its activities and provides its services) have been treated uniformly in the Rome Convention of 19 June 1980 and, more recently, in the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations. The posting of workers in the framework of the cross-national provision of services, under cover of the Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996, are the core of the specific European system through which posted workers are ensured a minimum set of working conditions, as opposed to business practices that try to find a competitive advantage through the reduction of labour costs. Temporal postings of extra-Community workers to the Community territory and, particularly, to Spain, in order to provide cross-national services, complete this paper.

La dimensión temporal de las normas laborales

MANUEL ÁLVAREZ DE LA ROSA*

TIEMPO Y NORMA JURÍDICA, PLANTEAMIENTOS GENERALES

La inserción de las normas jurídicas en el tiempo es problema de muchos lados, pero siempre, desde la perspectiva de la dogmática jurídica, girará, en su razón fundamental, en torno a la búsqueda de la norma aplicable al caso concreto. Como se sabe, el tiempo es una categoría conceptual de la experiencia que, a su vez, hace referencia, al menos, a las ideas de simultaneidad, sucesión y duración y desde la perspectiva de la aplicación de la norma, de la limitación de su eficacia, a los conceptos de pasado, presente y futuro. Interesa obviamente no el tiempo subjetivo, el de cada cual, sino el tiempo histórico (el tiempo del sentido común) como categoría de la realidad social. El tiempo de las normas jurídicas hace referencia tanto a la duración como a la sucesión. Las normas son eficaces hasta que son derogadas (duración) y, de esta forma, una determinada parcela de la conducta humana quedará regulada de otra forma, más o menos diferente (sucesión de normas). A veces, sin más, una norma deja de tener vigencia y no le sucede

ninguna otra, porque la realidad regulada ha desaparecido o porque no necesita ser regulada. La vigencia y la derogación de las normas son necesidades estructurales que las hace discurrir en un tiempo determinado. Sucede a veces, sin embargo, que las normas han de regular realidades que existieron antes de ser dictadas o que continúan existiendo pues empezaron antes de dictarse la norma. Esta constatación se refiere al conjunto de problemas inmerso en los conceptos de irretroactividad o retroactividad de las normas.

Finalmente, en el mecanismo de la derogación normativa puede aparecer la pervivencia de la norma derogada, desplegando sus efectos hacia el futuro. A este fenómeno se le suele llamar ultractividad de las normas. Incluso y de manera más acotada, una norma derogada puede ejercer su vigencia hasta que se consuma una situación concreta. Este mecanismo encierra los problemas relacionados con el «derecho transitorio» y suele resolverse de dos maneras: *a)* con normas que especifican el alcance temporal (y los requisitos para ser aplicada) de las normas derogadas; *b)* con normas nuevas que regulan la realidad nacida anteriormente de determinada manera que puede no coincidir, sin más, con la que se desprendía de la aplicación de las anteriores normas. La primera

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna.

de las fórmulas se refiere expresamente a disposiciones transitorias y la segunda a lo que se denomina retroactividad de las normas.

La intención de este trabajo es abordar la dimensión temporal de las normas al servicio de la visión sistemática de una rama de la dogmática jurídica, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. No podrá, sin embargo, abordarse tal problema sin recurrir a un nivel más alto de abstracción tomando conceptos generales comunes a otras disciplinas y procedentes de la teoría general del Derecho¹. No obstante, se procurará concentrar el interés en los problemas que plantea la vigencia y la derogación cuando inciden en una realidad social del dinamismo de lo laboral. Las normas laborales afectarán a relaciones jurídicas que nacieron antes que ellas, influyendo en la ejecución de las obligaciones de los sujetos del contrato de trabajo que, esencialmente, es un contrato de duración. Con igual intensidad y quizás mayor frecuencia aparecen los problemas derivados de la inserción en el tiempo de las normas de Seguridad Social y ello, al menos, por tres razones: la naturaleza variada de las contingencias protegidas, el amplio abanico temporal (a veces décadas) para causar las prestaciones y, finalmente, la presencia esencial del Esta-

¹ Son aliados de beneficiosa reciprocidad la relación entre los instrumentos conceptuales manejados por la teoría general del Derecho y los problemas planteados por la dogmática (en este caso, por la concreta dogmática jurídico-laboral); en este sentido J. M. VILAJOSAN, *Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas* en *DOXA*, 1998, núm. 21-I, págs. 49-50. Igual cabe decir de la enriquecedora observación de los conflictos que nacen de la sucesión de normas, en particular los de Derecho Transitorio (dos o más normas en presencia), a partir de la metodología empleada por los juristas dedicados al Derecho Internacional Privado, véase, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sucesión de normas y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el derecho Intertemporal*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, 1993, págs. 1349 y ss.

do en la configuración de la Seguridad Social y en el cumplimiento de sus fines.

Por último, la norma jurídica característica del ordenamiento laboral, los convenios colectivos, tiene peculiares problemas —y peculiares soluciones— tanto para su vigencia como para su derogación; en suma, para su inserción en el tiempo.

VIGENCIA DE LAS NORMAS

El artículo 2.1 del CC establece que «las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa». El principio de publicidad, inherente al de seguridad jurídica, constituye una garantía básica del ordenamiento y un requisito inexcusable para exigir su cumplimiento (STC 90/2009). La exigencia de la publicidad de las normas es un mandato constitucional (art. 9.3 CE) y el art. 2.1 CC fija pautas para su cumplimiento. Por otra parte, el artículo 149.1.8 CE constituye el marco que respalda la competencia exclusiva del Estado para mantener los artículos 3, 4 y 5 (aplicación de las normas) y 6 y 7 (eficacia general de las normas) del CC. Finalmente, el artículo 2.1 CC debe interpretarse en razón al Estado de las autonomías que supone una fuerte descentralización normativa.

En efecto, las leyes del Estado deberán ser publicadas de forma inmediata a la de su promulgación (el mandato de la publicación lo dirige el art. 91 CE al Rey); también habrán de ser publicados los Tratados Internacionales suscritos por España (art. 96.1 CE) y las normas reglamentarias del Estado (arts. 9.3 CE y 52 de la Ley 30/1992). Todos ellos en el Boletín Oficial del Estado². Las normas auto-

² En el BOE se publicarán las disposiciones generales de los órganos del Estado y tiene, a partir del 1º de enero de 2009, carácter «oficial y auténtico» la edición electrónica publicada en la sede electrónica de la Agencia Estatal «Boletín Oficial del Estado» (arts. 42 Ley 11/2007 y 10.3 RD 181/2008). Dejo a un lado por no per-

nómicas (leyes aprobadas por sus Parlamentos o actos normativos de los poderes ejecutivos) deben ser publicadas en el Boletín Oficial de cada Comunidad Autónoma (STC 179/1989), en razón a las atribuciones que los respectivos Estatutos de Autonomía otorguen para la organización de las instituciones de autogobierno (art. 148.1.1 CE).

Ha de hacerse referencia al ordenamiento jurídico, autónomo y de bases fundacionales propias, de la Unión Europea (Derecho comunitario o Derecho de la Unión Europea). Este ordenamiento tiene peculiares mecanismos, eficaces aunque complicados, de inserción en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros y, en la actualidad, supone su conocimiento un elemento central en la búsqueda de la norma aplicable. Pues bien, todas sus normas para ser aplicables precisan ser publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 297 del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE, TFUE)³ que dispone la necesaria publicación en el DOUE de reglamentos, directivas y actos legislativos que entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de tal precisión, a los veinte días de su publicación.

La publicación como requisito formal veda el carácter oculto de las normas⁴. De esta

tenecer estrictamente a la dimensión temporal de la norma y sí a la de su validez, los problemas que puedan suscitarse en la tramitación de la norma (*interna corporis*).

³ El Tratado de Lisboa y sus Protocolos anexos (DOUE de 17-12-2007, serie C, núm. 306, versión consolidada en DOUE de 9-5-2008, serie C, núm. 115; y BOE 27-11-2009) dispone que la Unión Europea «sucederá y sustituirá a la Comunidad Europea» (art. 1. 3) y su Tratado constitutivo se denominará en adelante «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea». Véase la STJCE de 10-3-2009, asunto C-345/06, en la que se declara la ausencia de fuerza vinculante, en la medida que pretenda imponer obligaciones a los particulares, a las normas no publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea.

⁴ L. DIEZ-PICAZO, *Constitución y fuentes del derecho* en REDA, 1979, núm. 21, pág. 192. Sobre la evolución histórica de la publicación de las normas, J. BERMEJO VE-

manera, en el proceso de aplicación de las normas, la publicación es criterio determinante para elegir la disposición aplicable, para determinar su vigencia como presupuesto de su aplicación⁵. El artículo 2.1 del CC establece, además de la necesidad del elemento reglado de la publicación, la exigencia de especificar cuándo entrará en vigor la norma, para lo que usa un mecanismo dispositivo: la propia norma lo indicará o, en su defecto, a los veinte días de su completa publicación (no se computa el primero, en el que termine de aparecer en el BOE y sí el último, art. 5.1 CC)⁶.

RA, *La publicación de la norma jurídica*, Madrid, IEA, 1977, págs. 41 y ss.

⁵ C. DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Civitas, 1976, pág. 107.

⁶ Una cuestión marginal a la publicación de la norma y que no se refiere estrictamente a la dimensión temporal de la misma, es la corrección de errores en el propio BOE. La norma es existente desde el momento de su publicación completa, y eficaz desde cuando disponga la propia norma (con *vacatio legis* o sin ella). La corrección de errores es un elemento que pertenece al mundo de la interpretación de la norma o, más exactamente a la técnica legislativa que haga comprensible la norma. La corrección de errores tiene su regulación en el artículo 26 del RD 181/2008, sobre ordenación del BOE y se refiere a errores que «alteren o modifiquen su contenido». Los errores pueden ser de dos clases: a) errores de composición que se produzcan en la publicación, una discordancia entre el texto recibido en el BOE y el publicado (según el DRAE, exactamente una errata); b) errores en el texto remitido que si no constituyen modificación o alteración del sentido de las normas, se salvarán por los organismos respectivos instando la reproducción del texto con la debidas correcciones; si los errores pueden suponer «una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, lo salvarán mediante *disposición del mismo rango*» (una corrección de errores con todos estos problemas juntos fue la injustificable, desde cualquier punto de vista, que sufrió el RD Legislativo 521/1990 que aprobó la Ley de Procedimiento Laboral; *vid.* STS 3-10-1997, A. 7704 y LUJAN ALCARAZ, *Nulidad parcial de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, en *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, 1997 núm. 15, pág. 169 y sigts.). Desde una perspectiva general, M. PULIDO QUECEDO, *El control jurídico-constitucional en materia de técnica legislativa en Aranzadi del Tribunal Constitucional V. II*, 1999, y bibliografía allí citada. También sobre estas cuestiones, A. NIETO, *La autenticidad de las normas escritas* en REDA, 1978, núm 16, págs. 5 y ss.

Para la vigencia, entendida como sinónimo de existencia, se precisa, pues, tanto la publicación como la referencia (expresa o tácita; dispositiva para la norma, al fin) de la fecha de su entrada en vigor⁷. La promulgación y la publicación son circunstancias a partir de las que puede afirmarse que una norma jurídica existe como tal, pertenece a un ordenamiento y tiene fuerza vinculante⁸.

LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS

Las normas jurídicas adquieren vigencia bajo la regla común de su carácter indefinido. Hay, sin embargo, supuestos excepcionales de normas que nacen con un mandato de duración prefijado (las leyes anuales de Pre-

supuestos, aunque en el caso excepcional del art. 134.4 CE se prorrogan automáticamente; incluso pueden contener normas con voluntad de permanencia, STC 34/2005). Los mandatos de duración determinada también lo serán por la naturaleza de su contenido y ejemplo de ello son los RR.DD anuales de revalorización de pensiones del sistema de Seguridad Social (RD 2007/2009, revalorizaciones para el año 2010). Sin embargo, la regla de la vigencia indefinida no es más que una visión estática del ordenamiento; dinámicamente, la experiencia conduce a afirmar que las normas se suceden en el tiempo y esa dimensión encierra problemas que han dado –y darán– mucho que hacer a la ciencia jurídica. El mecanismo jurídico para que una norma pierda su vigencia es el de la derogación. Se deroga, en todo caso, el texto legal⁹ y la potestad derogante nace, tiene su fundamento, en la capacidad legislativa que posean los órganos constitucionalmente competentes.

En el esquema general de la derogación de las normas, dejo a un lado cuestiones que se refieran a requisitos del acto de derogación. En la capacidad para derogar influyen diversos principios de orden constitucional, así en materia de Reglamentos la derogación gira en torno al principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE; tan es así que influye en la derogación expresa, como capacidad para realizarla, y en la tácita, donde el acto normativo de superior rango prevalece); igualmente influye en un Estado como el español fuerte-

⁷ Se entiende como vigencia de una norma jurídica que «exista actualmente como tal en una sociedad determinada», J. DELGADO PINTO, *Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas en DOXA*, 1990, núm. 7, pág. 101; la publicación y la fecha de entrada en vigor son elementos esenciales para que de una norma pueda predicarse que sus destinatarios deben realizar la conducta establecida en ella, que es obligatoria. Son, pues, elementos esenciales de la validez de las normas. La *vacatio legis* es el plazo de tiempo que transcurre (cuando ocurra) entre la publicación y la entrada en vigor; ese lapso de tiempo es el que la propia norma estima preciso para su conocimiento; pero en la *vacatio*, la norma existe, está vigente, pero aún no es eficaz.

⁸ Quizás, desde un plano de la teoría general del derecho, el juicio de vigencia no sea sólo el efecto del cumplimiento de requisitos legales o normativos preestablecidos que se refieren más a la legalidad o validez. Las normas vigentes «son las normas que un grupo de sujetos de una sociedad determinada cree que son normas jurídicas y reconoce que tienen que ser tenidas en cuenta por funcionarios y particulares ... el juicio de vigencia viene condicionado por cualesquiera condiciones que haya podido motivar esas creencias», A. M. PEÑA FREIRE, *Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales en Anuario Filosofía del Derecho*, T. XVI, 1999; lo citado en pág. 117. Sin embargo, la existencia que aquí interesa, no es la fáctica de la norma sino la formal o normativa que depende de la conformidad con requisitos predeterminados por normas y no de la creencia o de las actitudes de reconocimiento social, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Ariel, 1996, pág. 79.

⁹ El objeto de la derogación expresa es siempre el texto legal no la norma jurídica, porque no hay una relación unívoca entre texto y norma ni ésta, frecuentemente, posee un único sentido y la labor de interpretación de la conducta cuya obligatoriedad encierra la norma procede del análisis de diversos textos legales. Esta precisión es, además, necesaria en la medida en que es corriente utilizar una cierta ambigüedad en el uso de las expresiones «norma jurídica» y «texto legal». Véase el libro de referencia en materia de derogación de Luís María Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, ed. Civitas, 1990, pág. 109-117.

mente descentralizado el principio de competencia y, finalmente, los Tratados Internacionales que sólo se derogan bajo los principios y procedimientos establecidos en el artículo 96.1 y 2 CE. En consecuencia, fijaré la atención en las normas que el ordenamiento español establece para el acto y los efectos de la derogación, para regular la propia sucesión normativa, su propio cambio y alteración.

«Las leyes sólo se derogan por otras posteriores» dice el artículo 2.2 CC. Tal mandato encierra al menos dos actos derogatorios: el de la derogación expresa (total o parcial) de una norma específica y el que se manifiesta *in genere* con una derogación del tipo «a todas las que se opongan a la presente norma». Estos actos encierran, a su vez, dos tipos de derogaciones, las expresas y las tácitas¹⁰.

A) *Derogación expresa*. La potestad derogatoria se funda en la propia capacidad normativa del órgano del Estado competente para dictar normas y se plasma en una disposición que expresamente cause el efecto derogatorio querido («las leyes sólo se derogan por otras posteriores», art. 2.2 CC). Así se expresa la sucesión de normas fundada en el principio de modernidad: la derogación supone la privación de eficacia de una norma válida por medio de otra norma posterior e implica una modificación y abolición de una norma jurídica (STS 26-3-1998, A. 2939)¹¹.

B) *La derogación tácita*. Supuesto en el que la norma nueva no indica qué disposición

deroga, total o parcialmente. La frecuencia de este fenómeno hace aún más necesario fijar la atención en él. La derogación tácita puede producirse por incompatibilidad entre la nueva norma y otra homogénea que antes regulara la materia; puede también producirse por absorción en la nueva norma de lo regulado en otras anteriores. Desde esta perspectiva, la derogación tácita no es un concepto claramente delimitado y el artículo 2.2 CC sólo parece referirse al supuesto tácito de la incompatibilidad (la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que es la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con el anterior»). La derogación por incompatibilidad requiere igualdad de materias, de destinatarios y contradicción entre la norma derogada y la derogante (STS 21-3-2000, A. 1496).

La derogación por la nueva regulación (absorción) es sin duda difícil de concretar a falta de una derogación expresa. En bloques normativos (la Ley de Enjuiciamiento Civil o de Procedimiento Laboral, por ejemplo) es muy poco frecuente pero sí lo es en aspectos parciales: una nueva norma que deroga «todas las disposiciones que se opongan a lo regulado». De ahí el acierto, al menos teórico, de aquel mandato de la LPA de 1958 (art. 128.3) cuando ordenaba acompañar a la iniciativa legislativa «una tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia». Esta obligación desapareció en el artículo 22 de la Ley 50/1997, del Gobierno, al regular la elaboración de leyes por el Ejecutivo y en el artículo 24 de la citada norma, al regular el procedimiento de elaboración de los reglamentos¹². Sin embargo, renace una cierta esperanza de que se dote a las normas jurídicas (al menos a las del Estado) de la necesaria certeza, con la aprobación del RD

¹⁰ Vid. J. AGUILÓ REGLA, *La derogación en pocas palabras* en AFD, XI, 1994, pág. 409; ha de observarse que promulgación y derogación son actos normativos que tienen su fundamento en la potestad legislativa y deben ser vistas «como expresiones de la realización de actos normativos que son el resultado del uso de las reglas que confieren dichos poderes normativos», *op. cit.*, pág. 411.

¹¹ Sobre la fundamentación jurídico-político del principio de modernidad (*lex posterior derogat legem priorem*), véase M^a. T. DÍAZ AZNARTE, *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, ed. Tirant lo blanch, 2002, págs. 25-29.

¹² Véase la crítica a esta realidad normativa y al sistemático e histórico incumplimiento, salvo en los textos refundidos, del artículo 128.3 LPA, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, 1999, págs. 93-98.

1083/2009, de 3 de julio, que regula «la memoria del impacto normativo» que debe acompañar a todo proyecto de norma (legal o reglamentaria). En su artículo 2 exige que la citada memoria incluya el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva disposición.

C) *Efectos de la derogación.*

El efecto derogatorio se produce desde el momento en que entra en vigor la disposición derogatoria expresa (a los veinte días de su publicación o cuando lo indique la norma). Puede, pues, denominarse norma derogatoria al contenido normativo que establezca la fecha final de vigencia de una norma y su función es, de esta forma, determinar o completar su ámbito temporal de validez¹³. La consecuencia de la derogación es la pérdida de vigencia de la norma. Sin embargo, sólo puede afirmarse la inaplicación de una norma derogada cuando con ella no pueda regularse ningún supuesto de hecho. En efecto, la derogación es la pérdida de vigencia¹⁴ de una norma, pero es posible que la norma derogada continúe desplegando efectos hacia el futuro de tal forma que mantenga «vestigios de vigencia» (SSTC 196/1997 y 194/2000). La expresión «vestigios de vigencia» es más una descripción que un concepto teórico y se refiere a la influencia real de la norma en el futuro, en supuestos de hecho que acaecen después de la derogación pero que se rige por la norma ya inexistente (por ejemplo,

¹³ U. SCHMILL ORDÓÑEZ, *La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas* en DOXA, 1996, núm. 19, págs. 232 y 234.

¹⁴ Con J. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, CEJURA, 1988, prefiero el término vigencia al de validez, págs. 333 y 379 y ss. El propio autor (págs. 419-421) distingue entre la derogación como acto libre e incondicionado del órgano que ostente la potestad normativa y la anulación como consecuencia de incumplimiento de parámetros legales o constitucionales que afectan a la validez total o parcial de la norma («pérdida sobrevenida de la vigencia» de la norma, STC 68/2007).

requisitos legales para dar por cotizado un determinado tiempo que habrá de influir en el otorgamiento de una prestación). La norma derogada puede incluso ser enjuiciada cuando se mantenga viva la necesidad de dar respuesta a un problema constitucional planteado (SSTC 95/2003 y 253/2004)¹⁵. La norma derogada puede, de este modo, subsumir en su ámbito supuesto de hechos posteriores al acto normativo de derogación, puede ser una norma aplicable en función de la materia a la que se refiera, particularmente las cuestiones relacionadas con las situaciones en curso. En suma, puede afirmarse que la ley derogada dejará de aplicarse cuando no pueda invocarse para obtener una declaración sobre los efectos de la norma en relación con algún caso acaecido en el pasado¹⁶, «una norma derogada sigue así existiendo y produciendo efectos aún después de su derogación, respecto de las situaciones nacidas bajo su imperio» (STS 24-3-2003, A. 4154).

IRRETROACTIVIDAD Y RETROACTIVIDAD, PARTICULAR REFERENCIA A LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Con frase lapidaria, el artículo 2 del CC francés (1804) dice: «*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*»¹⁷. El

¹⁵ De ahí que se planteen interesantes cuestiones sobre la inconstitucionalidad de normas derogadas en los varios procedimientos de enjuiciamiento de constitucionalidad ante el TC, o la alegación de tales normas derogadas en recursos de casación, véase el extenso y bien cuidado trabajo de J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad en Derecho Privado y Constitución*, 2003, núm. 17, los problemas referidos en págs. 200-211 y 220-227, respectivamente. Véase la repercusión de la declaración de inconstitucionalidad en actos sometidos a revisión jurisdiccional, STS 12-12-2000, A. 551 de 2001.

¹⁶ J. DELGADO ECHEVARRÍA, *Las normas derogadas*, cit. pág. 251.

¹⁷ Y con igual sentido define la irretroactividad, «la ley se aplicará al futuro y no al pasado», un autor que mucho ha influido sobre la construcción dogmática de

artículo 2.3 del CC (antes de la reforma del Título Preliminar del CC, fue, con el mismo texto, el art. 3) establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieran lo contrario». Este precepto ha de ser interpretado, para conocer el alcance de la eficacia temporal de las normas, a partir del artículo 9.3 CE que garantiza «la irretroactividad de la disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». En el ámbito de los principios, puede afirmarse que: a) la irretroactividad de las leyes (normas jurídicas) es regla que admite la excepción expresa de retroactividad (la retroactividad no se presume) y, b), hay dos prohibiciones constitucionales de retroactividad, una, de las disposiciones sancionadoras no favorables y, otra, de normas restrictivas de derechos individuales¹⁸. No parece necesario poner cuidado en saber si, en razón al número de veces que en la realidad acontece, la regla es la irretroactividad y la excepción la retroactividad o viceversa; lo que en verdad importa es que puede existir retroactividad de las normas sólo bajo dos principios: no se presume y no ha de vulnerar el núcleo de prohibición contenido en los artículos 9.3, 25.1 y 83.6 CE. La expresión «leyes» debe entenderse como inclusiva de cualquier disposición de carácter general (STS 15-4-1997, A. 3086).

A) Los límites constitucionales a la retroactividad de las leyes

El artículo 9.3 CE garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no

favorables o restrictivas de derechos individuales»; el artículo 25.1 CE establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»; finalmente, el artículo 83 CE dispone que las leyes de bases no podrán en ningún caso ... «facultar para dictar normas con carácter retroactivo». El Tribunal Constitucional ha discurrido por el camino de establecer para la garantía de la irretroactividad constitucional, una naturaleza autónoma, formal, alejándose de valoraciones concretas o de relativismos¹⁹.

Los preceptos constitucionales construyen, en primer lugar y como elemento de suma relevancia en la estructura del ordenamiento jurídico, el principio de legalidad penal: no hay delito ni pena, sin una previa ley (art. 25.1 CE). La irretroactividad también se extiende a la prohibición de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE); esto es, a un conjunto normativo que prohíbe sancionar retroactivamente y más allá aún de lo penal o de lo administrativo sancionador («restricción de derechos individuales» ha de equipararse a la idea de sanción, STC 42/1988)²⁰. Siendo así, el alcance de la prohibición alcanza a cualquier disposición (no sólo leyes, obviamente, STS 15-4-1997, A. 3086) que limite derechos en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona. Se prohíbe la retroactividad entendida

estas cuestiones, F. CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España, Parte General, I*, ed. IEP, 1955, pág. 720.

¹⁸ El principio general de irretroactividad proviene de la Ley; el de irretroactividades prohibidas es de carácter constitucional, véase, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, ed. Giuffrè, 1993, pág. 281. Sobre la libertad del legislador español para regular las situaciones intertemporales de las normas a partir de dos principios, la retroactividad no se presume sino que ha de ser expresa y sus límites son los establecidos en el art. 9.3 CE, véase Luís María Díez-PICAZO, *La derogación ...* op. cit. págs. 203-205.

¹⁹ En este sentido, F. LÓPEZ MENDUO, *El principio de irretroactividad de las normas en la jurisprudencia constitucional en Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Civitas, 1991, pág. 506. Los tres preceptos de la Constitución concretan reglas sobre prohibiciones de retroactividad, pero de ellos no puede construirse un principio constitucional, precisamente porque no lo hay, sobre la irretroactividad de las normas.

²⁰ En este sentido, M. T. DÍAZ AZNARTE, op. cit. págs. 54-55.

como incidencia de la nueva Ley en efectos jurídicos ya producidos y, de esta manera, la irretroactividad es aplicable a «los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas» (STC 112/2006)²¹, lo que no impide al legislador la alteración del régimen de estos derechos hacia el futuro (SSTC 178/1989, 41, 42, 66 y 67/1990, sobre el régimen jurídico de las incompatibilidades en el sector público y 97/1990 sobre pensiones). En todo caso, la prohibición de retroactividad es sólo uno de los parámetros de constitucionalidad que la norma ha de superar y, sin embargo, incurrir en violación de otros (STC 126/1987, como la afeción al principio de seguridad jurídica o al de interdicción de la arbitrariedad SSTC 197/1992, 234/2001 y 89/2009)²². En todo caso, la irretroactividad o la retroactividad se refiere a normas jurídicas no a la jurisprudencia que, por definición, ni es ni deja de ser retroactiva (STS 29-4-2002, A. 5681).

La irretroactividad como situación de una norma que sólo regula hechos, actos y relaciones jurídicas que acaezcan en el futuro, tiene

²¹ Desde la STC 8/1981 (STC 75/2002) se afirma que las disposiciones sancionadoras favorables deben tener carácter retroactivo; ciertamente, esto no lo establece el art. 9.3, ni el 25, CE. Sí lo dispone, en cambio, el art. 2.2 del Código penal para los delitos y faltas y la disposición transitoria 3ª del CC para las sanciones civiles; se trata de retroactividades *in bonus* de contenido legal.

²² Seguridad jurídica en el sentido de certeza, legalidad, jerarquía, publicidad, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad (STC 99/1997) y tal irretroactividad es una de las manifestaciones más estrictas de la seguridad jurídica (STC 4/1984). Esta seguridad no supone la petrificación del ordenamiento (STC 197/1992), pero exige el respeto a garantías constitucionales de determinados grupos sociales (voto particular del Magistrado RUBIO LLORENTE en STC 1988/2008; obligación de interpretación conforme con lo que resulte más acorde con principios rectores tales como los de los artículos 41, 43, 49 y 50 CE, STC 65/1987). Véase B. VERDERA IZQUIERDO, *La irretroactividad: problemática general*, ed. Dykinson, 2006; págs. 31-42 sobre irretroactividad y seguridad jurídica.

contornos definidos en sus posibilidades y en sus límites, La retroactividad es, sin embargo, un concepto difuso poco proclive a la construcción teórica de una categoría y más abocado a una reflexión caso a caso («aplicación de un sistema casuístico con amplio margen para la interpretación», STS, 26-6-1997, A. 5150). Parece que al menos dos son los casos de retroacción de una norma: a) afeción por la nueva norma a hechos, actos o relaciones acaecidos y consumados antes de su vigencia a la que esta aúna nuevos efectos jurídicos ya favorables (por ejemplo los que contiene la ley 52/2007, sobre Memoria histórica) ya adversos (intento de emitir nuevas liquidaciones de tasas a servicios efectuados y liquidados por la legislación anterior, Ley 55/1999 declarada inconstitucional por STC 161/2009); b) modificar para el futuro el contenido de actuales relaciones jurídicas lo que suele hacerse con reglas sobre colisión de normas en el tiempo.

Con afán, sin duda sistemático, se ha intentado estructurar unas formas o grados de retroactividad. Y son los siguientes: retroactividad en grado máximo, norma actual que se aplica a supuestos terminados y agotados antes de la vigencia de esta; en grado medio, relaciones, actos y hechos anteriores no terminados y a cuyo discurrir futuro se le aplicará la norma nueva; en grado mínimo, la legislación anterior se aplica a las situaciones anteriores, la nueva a las que –iguales a las anteriores– nazcan en adelante (a este grado se le denomina también «retroactividad impropia», STC 112/2006). El autor que construyó en España este esquema dejó también dicho que la «presunción sobre el sentido de no retroactividad de toda nueva norma tiene distinta fuerza respecto de cada tipo de retroacción: casi invencible respecto al grado máximo; muy fuerte respecto al grado medio; fácilmente vencible respecto a la retroacción atenuada»²³.

²³ F. DE CASTRO Y BRAVO, op. cit. pág. 724. El criterio sistemático de los grados es aplicado por la jurisprudencia constitucional (por todas STC 6/1983) y del Tribunal

B) *Las disposiciones transitorias con especial atención a las laborales y de Seguridad Social.*

Lo que he señalado hasta aquí son reglas generales que rigen en España el conflicto que puede darse en el interior del Derecho intertemporal. Es posible, y harto frecuente, que el legislador otorgue soluciones concretas para regular la sucesión temporal de normas y esto se logra con las disposiciones transitorias²⁴. Son justamente este tipo de disposiciones las que dan respuesta a si la norma tiene eficacia retroactiva y en qué grado. La necesidad de estas disposiciones nace de la complejidad interpretativa creada cuando la norma no establece con claridad el grado de retroactividad (STS 3-5-1979, A. 2256). Tan es así, que la presunción de no retroactividad del artículo 2.3 CC puede ceder cuando el mandato retroactivo es hermenéuticamente reconocible (finalidad de la ley, eliminar situaciones incompatibles con los fines de la nueva ley; cuando esta tenga por objeto el establecimiento de un régimen general y uniforme, STS 5-7-1986, A. 3955, o cuando la norma tenga carácter interpretativo)²⁵.

Las normas de transición determinan cómo se han de regir los hechos, situaciones y relaciones jurídicas que existen al producirse

Supremo (SSTS 17-5-1999, A. 3988 y 9-3-2005, A. 2379). Véase una explicación pormenorizada de la tipología de los grados en autores y jurisprudencia en M. COCA PAYERAS, *Artículo 2º en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por M. ALBADALEJO y S. DÍAZ ALABART), Tomo I, V. 1º, 2ª ed., Edersa, 1992, pág. 511-514.

²⁴ Vid. Luis María Díez-PICAZO, voz *Retroactividad de las normas* en *Enciclopedia Jurídica Básica* (director A. MONTOYA MELGAR), Civitas, 1995, págs. 5988-5992.

²⁵ Sobre la retroactividad tácita cuando la ley carezca de disposiciones transitorias, véase J. M^a. SUÁREZ COLLÁ, *La retroactividad. Normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Editorial Ramón Areces, 2005, págs. 115-122 y G. GARCÍA VALDECASAS, *Sobre la significación del principio de no retroactividad de las leyes* en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 1966, págs. 45-53; sobre leyes de contenido interpretativo, pág. 50.

una innovación legislativa, se analizan las situaciones «según su desarrollo en el tiempo»²⁶.

En la aplicación de las normas transitorias hay que dejar sentado la inexistencia de un principio constitucional (o legal) que mantenga la irregresividad del sistema o su petrificación. El legislador con fundamento razonable (STC 81/1982) puede alterar una situación normativa, sólo ha de respetar los parámetros de constitucionalidad de las normas.

En un contrato como el de trabajo esencialmente de duración, la afección de una normativa nueva puede ser de importancia relevante en la alteración de las condiciones en la que se desarrolla el contrato. En las peculiaridades del Derecho del Trabajo la innovación legislativa puede afectar no ya al propio contrato sino a la fuente normativa propia de creación de condiciones de trabajo, al convenio colectivo. Análisis en primer lugar la estructura usual del derecho transitorio en las normas laborales (incidencia en el contrato) y en las normas de Seguridad Social. Queda para el siguiente epígrafe el análisis de las incidencias en la sucesión de convenios colectivos.

La legislación laboral no tiene construidos principios generales que rijan la vigencia, derogación, irretroactividad o retroactividad de las normas. Ni, aún más concreto, tampoco tiene unos principios generales sobre el derecho transitorio, pero en razón a lo regulado en la Constitución y en el texto preliminar del CC y a la estructura de las disposiciones transitorias del Estatuto de los Trabajadores (las de 1980 y otras que han sido introducidas en posteriores modificaciones del Estatuto, en particular las de 1994 y 1995) puede obtenerse algunas consideraciones generales:

²⁶ P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Les conflits de lois dans le temps)*, 2ª ed., Paris, Dalloz-Sirey, 1960, págs. 162-164; importantísima y clásica monografía, reseñada por F. CASTRO y BRAVO, *Derecho transitorio: El sistema del efecto inmediato de la ley* en *ANUARIO DERECHO CIVIL*, 1961, págs. 731-734.

a) La naturaleza de una relación jurídica nacida con anterioridad a la vigencia de una norma puede cambiar hacia el futuro, de tal suerte que una relación de servicio contratada bajo la vigencia de la norma anterior puede cambiar su calificación respecto a los efectos que se produzcan en adelante (transportistas con vehículo propio, art. 1.3, g, LET, STS 23-11-1998, A. 10018; un resumen de la jurisprudencia en STSJ Cataluña, 16-1-2008, A. 1034).

b) Sobre el efecto inmediato de la nueva norma en materia de extinción de contratos (DT 7ª LET): las extinciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma se regirán, en sus aspectos sustantivo y procesal, por las normas vigentes en el momento de producirse. La indemnización creada por el artículo 49, c, LET (redacción Ley 12/2001), no se aplicará a los contratos temporales celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, cualquiera que sea la fecha de su extinción.

c) Los contratos de trabajo de naturaleza temporal continuarán rigiéndose por las normas bajo las que se concertaron (DDTT, 2ª y 3ª LET, DT 1ª, Ley 63/1997; DT 1ª, Ley 12/2001 y DT 1ª, Ley 43/2006).

d) Los derechos en curso de adquisición o expectativas decaen cuando la norma vigente deroga a la que es origen de tales derechos o expectativas (mantener en la cuantía anterior un complemento salarial, STS 2-6-1994, A. 4749), pero las situaciones terminadas y consolidadas continuarán rigiéndose por la legislación anterior (STS 23-12-2002, A. 799 de 2003).

e) La disposición transitoria 1ª LGSS, arranque normativo para construir un principio general aplicable a la regulación intertemporal de las normas de Seguridad Social, establece la fecha del hecho causante como determinante a los efectos de aplicar una norma al caso concreto (SSTS 7-2-1997, A. 1168). El hecho causante observado como nacimien-

to o extinción del derecho a prestaciones como acontecimiento que inicia la situación protegida²⁷. Otras disposiciones transitorias (segunda y tercera LGSS) regulan los efectos de cotizaciones (también obligatorios) en los anteriores regímenes de Seguros Sociales que se computarán en el nuevo sistema. Se regula también el respeto al cumplimiento de los requisitos para causar, en el anterior sistema, una prestación, en especial el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, SOVI (DT 7ª).

Las dificultades no están en la aplicación paulatina de nuevos periodos de cotización (DT 4ª) ni para el cálculo de la base reguladora (DT 5ª). Los problemas vendrán siempre del límite de actuación del legislador que puede operar sobre requisitos hoy exigibles, pero cambiantes a lo largo del tiempo (la edad forzosa de jubilación de los funcionarios STC 70/1988; y el grave problema sobre las cotizaciones en el trabajo a tiempo parcial, asunto al que puso fin la STC 253/2004)²⁸.

LOS CONVENIOS COLECTIVOS: VIGENCIA, DURACIÓN Y SUCESIÓN

El artículo 37.1 CE reconoce que la autonomía colectiva bilateralmente ejercida posee poder normativo y el convenio colectivo es la forma institucional buscada para poner de manifiesto la norma. El acto normativo,

²⁷ A. DESDENDATO BONETE, *Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social (I y II)* en AL, 2002, T. 2, págs. 429 a 477, en especial págs. 434 («El hecho causante y el Derecho transitorio») y 437. Sobre la fecha del hecho causante en incapacidades, STS 8-6-2009, A. 4554.

²⁸ Véase la polémica sobre cotización y retroactividad en el contrato a tiempo parcial, con valiosas consideraciones sobre el Derecho transitorio en la Seguridad Social, J. LÓPEZ GANDÍA, *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social: valor de las cotizaciones y retroactividad de la norma (Comentario a las sentencias de TS, en unificación de doctrina, de 7, 13 y 14 de febrero de 1997)* en RL, 1997, T. II, págs. 707-718; en especial, 712-715.

producto de la negociación colectiva estará constituido por reglas abstractas y generales al que el ordenamiento jurídico adscribe los efectos de regular condiciones de trabajo con las garantías (constitucionales y legales) de imperatividad y efecto automático sobre los contratos de su ámbito (fuerza vinculante). El convenio colectivo como norma requiere incorporarse al ordenamiento jurídico (vigencia), tendrá una duración determinada (derogación) y desplegará sus efectos hacia el pasado y hacia el futuro (sucesión).

La primera exigencia del convenio, el primer elemento de su reconocimiento como norma, es que conste por escrito (art. 90.1 LET; si el acuerdo colectivo no consta por escrito es nulo). El artículo 90.3 LET regula la publicación de los convenios, que es obligatoria y gratuita. La publicación es una exigencia esencial para la incorporación del convenio al ordenamiento jurídico (STC 151/1994). De la exigencia de publicar el convenio en el BOE, en el Boletín de la Comunidad Autónoma o en el de la provincia, según sea su ámbito territorial, se desprenden dos consecuencias: una, la presunción de legalidad de la propia norma pactada (STS 21-4-2005, A. 6076) y, otra, la obligatoriedad de su conocimiento para quien haya de aplicarla, independientemente del Boletín en que se haya publicado.

Las partes gozan de entera libertad para fijar el ámbito temporal del convenio; pero han de fijar uno. La temporalidad del convenio, su duración, es uno de los elementos delimitadores del propio convenio, es de las cláusulas que conforman su contenido mínimo (art. 85.3 LET). El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes (art. 90.4 LET) y fijarán también el término final (art. 86.1 LET, pudiendo eventualmente pactarse distintos periodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio).

La vigencia del convenio está en manos de los legitimados para convenir, de tal manera que el ámbito temporal de un convenio puede ser alterado (interrumpido o alargado) por la voluntad de los negociadores. Es, pues, posible la derogación *ante tempus* de los convenios. Funciona entonces el mecanismo de la sucesión de norma, el principio de modernidad (SSTS 30-6-1998, A. 5793 y 21-2-2000, A. 2052).

La duración del convenio depende, además, de la actitud que las partes adopten al final de la vigencia pactada: denunciarlo o no. Si no se denuncia, el convenio mantiene su vigencia por el tiempo convenido para la prórroga o, a falta de esa convención, se prorrogará de año en año (art. 86.2 LET). Denunciado el convenio y mientras se negocia el siguiente, continúa, durante el tiempo que dure la negociación, vigente su contenido normativo (ultractividad); las partes han podido, sin embargo, pactar qué cláusulas, y cuáles no, continúan en vigor.

El convenio posterior deroga al anterior: «el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a éste último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan» (art. 86.4 LET y STS 21-2-2000, A. 2052); aún más, «el convenio que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquel» (art. 82.4 LET), lo que puede permitir la actuación sobre derechos que desplieguen su eficacia temporal más allá de la vigencia, pero no actuando sobre derechos ya realizados, sino sobre consecuencias que deban producirse después de la entrada en vigor del nuevo convenio. Además, el convenio colectivo no es inmune a la incidencia en él de una norma posterior (Ley o Reglamento; en todo caso, el problema se plantea en el ámbito de la reflexión de las complicadas relaciones entre Ley y convenio) que pueda alterar su equilibrio interno (STC 210/1990).

RESUMEN La dimensión temporal de las normas es una de las facetas que metodológicamente ha de emplearse para, en la dogmática jurídica, encontrar la norma aplicable al caso. Para analizar la vigencia, la derogación y la sucesión de normas es preciso acudir a conceptos generales comunes a otras disciplinas y algunos procedentes de la Teoría General del Derecho sobre publicación, eficacia, tipos y efectos de la derogación. Se estudia también la regulación de la sucesión normativa y los problemas creados por las relaciones intertemporales de las normas (irretroactividad, retroactividad y derecho transitorio). Los expresados conceptos se aplican a las normas laborales y de Seguridad Social y, finalmente, a los peculiares problemas que, en su ámbito temporal, presentan en los convenios colectivos.

ABSTRACT The temporal dimension of rules is one of the aspects that must be methodologically used, in the legal dogma, to find the rule applicable to the case. In order to analyse the validity, repealing and succession of rules, it is necessary to consult general concepts that are common to other disciplines, and other concepts related to the General Theory of Law, on the publication, effectiveness, types and effects of re-pealing. This paper also studies the regulation of the succession of rules and the problems created by the intertemporal relations of rules (non-retroactivity, retroactivity and transient law). The abovementioned concepts are applied to labour and Social Security rules and, further, to the peculiar problems that collective agreements pose during their validity.

La aplicación y eficacia del Derecho Social Comunitario en España

ICÍAR ALZAGA RUIZ*

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Todo análisis de la problemática de la aplicación y eficacia del Derecho Social Comunitario se encuentra, aún hoy, influido por lo que algún autor ha denominado «la percepción nacional del efecto directo»¹. La aplicación y eficacia directa de sus normas continúan afectadas por las construcciones doctrinales y jurisprudenciales de cada Estado miembro². Es innegable el

peligro que encierra el trasvase de los esquemas y categorías de los Derechos nacionales al Derecho comunitario. Sirva de ejemplo el hecho de que tanto los juristas británicos como los germánicos consideran que la doctrina del efecto directo gira en torno a la protección de derechos, mientras que en Francia la clave se centra en determinar si el comportamiento del Estado o de los organismos públicos es compatible con el Derecho comunitario.

En este contexto, se superponen dos fenómenos. Por una parte, en el interior de cada

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

¹ PRECHAL, S.: «Does direct effect still matter?», *cit.*, pág. 1053.

² Muy especialmente del Derecho administrativo francés, principal precursor de las denominadas «invocabilidad de exclusión» e «invocabilidad de sustitución». Al respecto, MASTROIANNI, R.: «On the distinction between vertical and horizontal direct effect of directives: what role for the principle of equality», *EPL*, nº 5, 1999, págs. 417 y ss., LENZ, D., TYNES, S. y YOUNG, L.: «Horizontal what? Back to basics», *ELR*, nº 5, 2000, págs. 509 y ss., TRIDIMAS, T.: «Black, white and shades of grey: horizontal of directives revisited», *YBEL*, nº 21, 2002, pág. 327, DUBOS, O.: «Invocabilité d'exclusion des directives: une autonomie enfin conquise», *Revue française de Droit Administratif*, nº 19, 2003, págs. 568 y ss. y DOUGAN, M.: «When worlds collide! Competing

visions of the relations between direct effect and supremacy», *Common Market Law Review*, nº 44, 2007, págs. 931. Interesante resulta también el planteamiento de JANS, J. H. y PRINSSSEN, J. M.: «Direct effect: convergence or divergence?», en AA.VV.: *Direct effect: rethinking a classic of EC legal doctrine*, Coord. Prinssen, J. M. y Schrawen, A., Europa Law, Groningeen, 2002, pág. 107, quienes explican cómo la forma en que se aplica el Derecho comunitario en los sistemas nacionales depende, en gran medida, de las normas procesales de cada Estado miembro; en consecuencia, la aplicación del principio de eficacia directa de las directivas comunitarias puede dar lugar a respuestas diferentes en cada Estado miembro, vulnerándose con ello el requisito de aplicación uniforme del Derecho comunitario en el seno de la Unión.

Estado miembro, «la doctrina científica francesa escribe para los franceses, la alemana para los alemanes, la inglesa para los ingleses, la holandesa para los holandeses, la italiana para los italianos, la española para los españoles, etc. Y, así, se han desarrollado una especie de «subdoctrinas» sobre el efecto directo»³, que corren paralelas a la doctrina establecida por el TJCE. Y, por otra, a nivel comunitario, los diversos actores participantes en la escena comunitaria —Abogados Generales, Jueces, etc.— poseen un excelente conocimiento de la legislación comunitaria, pero, al mismo tiempo, están influidos por su personal formación jurídica que conecta con diversas tradiciones legales⁴.

La doctrina científica internacionalista distingue entre «la aplicabilidad» y «el efecto directo» de las disposiciones comunitarias⁵. La primera alude al hecho de que las disposiciones de Derecho comunitario se convierten en Derecho interno sin necesidad de medida nacional alguna para su validez. La segunda se refiere a la naturaleza de las disposiciones comunitarias que, cuando es completa, confiere derechos a los particulares y es jurídicamente perfecta, podrá ser invocada ante los órganos jurisdiccionales internos⁶.

Los reglamentos comunitarios son normas de aplicación directa e inmediata una vez publicados en el Diario Oficial de la Unión

³ Como explica PRECHAL, S.: «Direct effect reconsidered, redefined and rejected», en AA. VV.: *Direct effect: rethinking a classic of EC legal doctrine*, Coord. Prinssen, J. M. y Schrawen, A., Europa Law, Groningen, 2002, cit., pág. 20.

⁴ PRECHAL, S.: «Direct effect reconsidered, redefined and rejected», cit., pág. 20.

⁵ MILLÁN MORO, L.: «Aplicabilidad directa y efecto directo en el Derecho Comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 1, nº 1, 1984.

⁶ LUELMO MILLÁN, M. A.: «Los reglamentos comunitarios en el recurso de casación para la unificación de doctrina», *Sepin Laboral y Seguridad Social*, nº 4, 2009, pág. 18.

Europea⁷, mientras que las directivas⁸ tienen unas limitaciones que no las hacen equiparables a aquellos; requieren la transposición al ordenamiento jurídico español a través de una norma estatal. La directiva carece, pues, del carácter completo, tanto formal⁹ como material¹⁰, que caracteriza al reglamento.

La aplicabilidad directa de los reglamentos comunitarios comporta que un Estado miembro no pueda suprimir unilateralmente los efectos de un acto directamente aplicable mediante un acto legislativo interno, contrario al comunitario, estando los Estados obligados igualmente a no adoptar medidas que puedan afectar las competencias del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre cuestiones interpretativas o de validez de los actos adoptados por la Unión Europea. Por su parte, el efecto directo permite que por las vías establecidas en el Derecho interno, se exija al Estado miembro en cuestión el cumplimiento de las normas comunitarias¹¹.

El alcance del Derecho social comunitario en nuestro ordenamiento no se limita al deri-

⁷ Antes del 1 de enero de 2003, Diario Oficial de la Comunidad Europea.

⁸ Los arts. 14 y 15 del Tratado Constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951, utilizaban la expresión de «recomendaciones generales» para referirse a las directivas comunitarias. Al respecto, CAPELLI, F.: *Le Direttive comunitarie*, Giuffrè Milano, 1983, pág. 30, quien explica que el término «directiva» tiene su origen en la expresión «recomendación general» del art. 14.3 del Tratado de la CECA.

⁹ Formal porque a pesar de ser publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, requieren ser integradas en disposiciones internas que serán, a su vez, publicadas en los respectivos Estados miembros. ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Unión Europea*, Ceura, Madrid, 1994, pág. 224.

¹⁰ Y, material porque requiere proposiciones jurídicas de concreción con relación a los medios para hacerlo efectivo, ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Unión Europea*, cit., pág. 224.

¹¹ LUELMO MILLÁN, M. A.: «Los reglamentos comunitarios en el recurso de casación para la unificación de doctrina», cit., pág. 18.

vado de las normas directamente aplicables o a la transposición de aquellas cuya eficacia queda condicionada al cumplimiento de este requisito. Se extiende también a la eficacia de las directivas no transpuestas. Y, así, la no transposición en plazo de una directiva por parte de un Estado miembro no impide que pueda tener eficacia directa¹², es decir, que

¹² Para referirnos a la eficacia directa de las directivas comunitarias emplearemos las expresiones «eficacia directa» o «efecto directo». La confusión terminológica se agudiza si uno atiende a las diversas versiones lingüísticas. Así en Alemania se habla de *unmittelbare Wirkungen* (una única expresión para acoger ambos conceptos), en Francia de *effets directs* y *effets inmediats*, en Holanda de *onmiddellijk effect* y *directe werking* y, en Italia, de *atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti* y *avendo valore precettivo*. Sobre esta cuestión, cfr. EDWARD, D.: «Direct effect: Mith, mess or mistery», en AA. VV.: *Direct effect: rethinking a classic of EC legal doctrine*, Coord. Prinssen, J. M. y Schrawen, A., Europa Law, Groningeen, 2002, pág. 6. En relación a la distinción entre efecto directo y aplicabilidad directa, cfr., en especial, CAPELLI, F.: *La direttive comunitarie*, Giuffrè Editore, Milán, 1987, págs. 263 y ss., TESAURO, G.: «The effectiveness of judicial protection and co-operation between the Courts of Justice and the National Courts», *YEU*, nº 13, 1993, pág. 4, WINTER, J. A.: «Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law», *CMLR*, nº 4, 1972, págs. 425 a 438 y, además, EMMERT, F. y PEREIRA DE AZEVEDO, M.: «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?», *RTDE*, nº 3, 1993, pág. 505 y OJANEN, T.: «The changing concept of direct effect of European Community Law», *REDP*, nº 12, 2000, págs. 1253 y ss. En concreto, Winter sugirió que la expresión «aplicabilidad directa» debía utilizarse para referirse al método por el que los reglamentos pasan a formar parte del Derecho nacional. Mientras que la expresión «efecto directo» debía reservarse para referirse a aquellos supuestos en los que la normativa comunitaria otorga a los particulares derechos individuales que los Tribunales nacionales deben proteger. Critican la tesis de Winter, entre otros, TIMMERMANS, C.: «Directives: their effect within national legal systems», *CMLR*, nº 16, 1979, págs. 533 a 555 y STEINER, J.: «Direct applicability in EEC Law. A chameleon concept», *LQR*, nº 98, 1982, págs. 229 a 248. Finalmente, el TJCE no ha seguido la distinción expuesta para referirse a las disposiciones del TCE que otorgan derechos a los particulares, sino que ha optado por utilizar ambas indistintamente, aunque también es cierto que, en relación a las directivas comunitarias, ha tenido la precaución de no utilizar la expresión «aplica-

pueda ser invocada por los particulares ante los órganos judiciales nacionales.

Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia ha admitido la invocabilidad de las directivas no transpuestas únicamente frente al Estado incumplidor de la obligación de transposición. Es lo que se conoce como el efecto directo vertical de las directivas. Pero no ha admitido su efecto horizontal, es decir, que puedan hacer surgir derechos y obligaciones entre los particulares invocables ante los órganos judiciales.

Junto a la eficacia de las directivas no transpuestas en plazo hay que tener en cuenta una eficacia que se ha denominado indirecta y que se refiere a cualquier directiva, transpuesta o no, ya afecte a relaciones verticales u horizontales y que deriva del principio de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario.

2. EFICACIA DIRECTA

La eficacia directa de las normas comunitarias significa que el Derecho comunitario puede desplegar efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, desde su entrada en vigor. Las normas comunitarias crean derechos y obligaciones a favor de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, entran a formar parte del patrimonio jurídico de los particulares, con independencia de la legislación de los Estados miembros. Estos derechos y obligaciones pueden ser invocados ante las autoridades nacionales (administrativas y judiciales) de cada Estado y los poderes públicos nacionales deben garantizar el respeto de las obligaciones asumidas por los Estados y proteger, en consecuencia, los derechos individuales de los particulares¹³.

bilidad directa», sino sólo «eficacia directa» y ésta será también la que utilizemos nosotros.

¹³ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 392.

Encuentra su fundamento en la doctrina del *estoppel* (en base a la cual, los Estados deben respetar los compromisos que han asumido libre y voluntariamente) y en el mecanismo de la cuestión prejudicial (pues carecería de sentido imponer dicha obligación al órgano jurisdiccional si las normas comunitarias desplegasen efectos solamente respecto de los Estados miembros)¹⁴.

El Tribunal de Justicia sentó este principio en su sentencia *Van Gend en Loos*¹⁵ cuando explicó que:

«Para saber si las disposiciones de un Tratado internacional tienen tal alcance [efecto inmediato en el Derecho interno] hay que examinar su espíritu, su economía y sus términos. [...] En consecuencia, el Derecho comunitario, independientemente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico. [...] Éstos nacen, no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita a su favor, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto

a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias [...].

El papel asignado al Tribunal de Justicia en el marco del artículo 177, cuyo objetivo es asegurar la unidad en la interpretación del Tratado por los órganos jurisdiccionales nacionales, confirma que los Estados han reconocido al Derecho Comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus ciudadanos ante sus órganos jurisdiccionales».

Para concluir que:

«La Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros, sino también los ciudadanos, [de forma que] independientemente de la legislación de los Estados miembros, el Derecho Comunitario no sólo impone obligaciones a los individuos, sino que está destinado a conferirles derechos que forman parte de su patrimonio jurídico»¹⁶.

El Derecho originario o primario, integrado por los Tratados fundacionales, los Tratados modificativos de éstos, los sucesivos Acuerdos de adhesión de los Estados miembros y los Protocolos anexos¹⁷, constituye la

¹⁴ En virtud de lo dispuesto en el art. 234 del Tratado CE, el planteamiento de la cuestión prejudicial es facultativo para todos los órganos jurisdiccionales y obligatorio para los que deciden en última instancia. En este sentido, el Tribunal de Justicia en el Asunto *Cilfit*, sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, explicó cómo «la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada», aunque «antes de llegar a tal conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia, de forma que sólo si reúnen estos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional puede abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia y resolverla bajo su propia responsabilidad». Al respecto, PRECHAL, S.: «Remedies after Marshall», *CMLR*, nº 27, 1990, págs. 454 y ss.

¹⁵ Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62.

¹⁶ Asunto *Van Gend en Loos*, sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62. Al respecto, cfr. WINTER, J. A.: «Direct applicability and direct effect: two distinct and different concepts in community law», *CMLR*, nº 4, 1972, págs. 425 y ss.

¹⁷ Entre los diversos Tratados suscritos destacan los siguientes: Tratado de París de 18 de abril de 1951, Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, Convención de Roma de 25 de marzo de 1957, Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1965, Tratado de Luxemburgo de 22 de abril de 1970, Tratado relativo a la adhesión a las Comunidades Europeas de Dinamarca, Irlanda, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de 22 de enero de 1972, Tratado de Bruselas de 10 de julio de 1975, Trata-

norma fundamental de la Unión Europea. La ausencia de una única norma, que refunda en un solo Tratado los diversos textos que conforman el Derecho primario, tiene como resultado «una situación cada vez más insostenible»¹⁸, asistemática¹⁹ y confusa.

El TJCE reconoció tempranamente su efecto directo de los Tratados. La razón de dicho reconocimiento fue sencilla: una solución en sentido contrario hubiera puesto en peligro la finalidad de los Tratados y la propia naturaleza del sistema jurídico comunitario²⁰.

3. LA EFICACIA DEL DERECHO DERIVADO

Por su parte, el Derecho derivado se integra por tres tipos básicos de normas: los reglamentos, las directivas y las decisiones.

3.1. Los Reglamentos

Los reglamentos comunitarios son de aplicación directa en los Estados miembros desde su entrada en vigor. Se integran en el ordena-

do de Bruselas de 22 de julio de 1975, Tratado relativo a la adhesión a las Comunidades Europeas de Grecia, de 28 de mayo de 1979, Tratado de Bruselas de 13 de marzo de 1984, Tratado de adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985, Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992, Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, Tratado de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República de Eslovaquia de 16 de abril de 2003, Tratado de adhesión de Bulgaria y Rumanía de 25 de abril de 2005 y Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

¹⁸ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pág. 99.

¹⁹ MELLADO PRADO, P., LINDE PANIAGUA, E. y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, M.: *Instituciones de Derecho comunitario*, Colex, Madrid, 2009, pág. 284.

²⁰ Sentencia Costa/Enel, de 15 de julio de 1964, Asunto 6/64.

miento jurídico interno desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y despliegan su eficacia desde la fecha que él mismo establezca o, en su defecto, a los veinte días de su publicación²¹.

No necesitan de ningún acto expreso de ratificación o de un ulterior desarrollo normativo por parte de los Estados, al ser válidos y eficaces por sí mismos²². No requieren de un acto estatal que posibilite su incorporación al Derecho interno o que autorice su plena eficacia en el espacio jurídico estatal. Son normas *self-executing* y tienen, en consecuencia, una clara finalidad unificadora del ordenamiento jurídico comunitario²³.

El TJCE ha reconocido su carácter normativo, como manifestación principal de la potestad legislativa comunitaria²⁴. En virtud de esta naturaleza, el reglamento produce efectos inmediatos de forma simultánea y uniforme en todos los países de la Unión Europea²⁵. Es decir, «en razón de su función en el sistema de fuentes del Derecho comunitario, producen efectos inmediatos y son, en cuanto tal, aptos para conferir a los particulares derechos que las jurisdicciones nacionales tienen la obligación de proteger»²⁶. Se les

²¹ Art. 254 TCE.

²² En los supuestos en los que un Estado miembro, a pesar de no ser necesaria la transposición del reglamento al ordenamiento interno, procede al desarrollo interno del reglamento, el TJCE ha establecido que dicha práctica en sí no es condenable, aunque sí ciertos efectos que de la misma pueden derivarse. Al respecto, entre otros, Asunto Comisión c. Italia, sentencia de 7 de febrero de 1973, asunto C-39/72, Asuntos Bollman y Krohn, sentencias de 18 de febrero y 18 de junio de 1970, asuntos C-40/69 y C-74/69 y Asunto Fratelli Variola, sentencia de 10 de octubre de 1973, asunto 34/73.

²³ SCHOCKWEILER, F.: «Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux», *Revue du Marché Unique Européen*, nº 1, 1995, págs. 9 y ss.

²⁴ Asunto Comisión/Francia, sentencia de 14 de diciembre de 1971, asunto 7/71.

²⁵ Asunto RFA v. Comisión, sentencia de 14 de enero de 1981, asunto 819/79.

²⁶ Asunto Polito, sentencia de 14 de diciembre de 1971, Asunto Schluter, sentencia de 24 de octubre de

reconoce la misma plena eficacia que a los Tratados.

3.2. Las Directivas

Las directivas son un acto legislativo específicamente comunitario²⁷, de contenido flexible al ser concretadas por cada Estado miembro. Representan un método de legislación en dos etapas. En la primera etapa, el legislador comunitario establece los objetivos a alcanzar. En la segunda, es el legislador de cada uno de los Estados miembros el que fija el detalle de las normas y las modalidades de su aplicación.

Al tratarse de un instrumento de aproximación de las legislaciones y no de unificación del Derecho comunitario –como es el reglamento–, la directiva sólo queda completa cuando el Estado miembro aprueba y publica su acto de transposición²⁸. Posee efectos integradores distintos a los del reglamento²⁹, al necesitar del complemento nacional para afectar a los ciudadanos.

1973 y Asunto OCM del Vino, sentencia de 13 de octubre de 2005.

²⁷ CAPELLI, F.: *Le direttive comunitarie*, cit., pág. 5.

²⁸ En relación a la posibilidad de transponer las directivas comunitarias mediante la negociación colectiva interna, por todos, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, cit., págs. 127 a 131.

²⁹ La doctrina científica ha venido a clarificar por qué en el Tratado CE se han previsto dos categorías de actos distintos: el reglamento y la directiva. La directiva corresponde a ámbitos ligados estrechamente al ejercicio de la soberanía nacional o afectan de forma íntima al modo de vida de un pueblo. Por su parte, el reglamento corresponde a sectores más técnicos y también a ámbitos en los que la transferencia de soberanía de los Estados miembros hacia las instituciones comunitarias es más completa, como en el ámbito de la política agraria común. Cfr. MILLET, T.: «El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», en AA. VV.: *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 106.

Una vez transpuesta, la directiva obliga al Estado miembro y genera derechos y obligaciones entre particulares. Tiene, por tanto, eficacia directa vertical y eficacia directa horizontal. O expresada la idea con otras palabras, cuando el Estado cumple su obligación de transponer la directiva en el plazo establecido, ésta adquiere efecto directo. Y, así, a diferencia de los reglamentos, el papel del Estado en el caso de las directivas es fundamental; el único sujeto obligado en cuanto al resultado que deba conseguirse con la transposición de la directiva es el Estado miembro, que dispone de la facultad de elegir la forma y los medios en que llevar a cabo la ejecución³⁰.

En definitiva, la directiva transpuesta, es decir, una vez desarrollada y publicada en el BOE, tiene eficacia vertical (es invocable frente al Estado) y horizontal (es invocable frente a los particulares).

3.3. Las decisiones

Las decisiones carecen de alcance general, al tratarse de actos obligatorios en todos sus elementos, pero exclusivamente para los destinatarios que el texto designe. Sus características esenciales derivan, en palabras del TJCE, «de la limitación de los destinatarios a los que se dirigen, mientras que el reglamento, esencialmente normativo, es aplicable no a destinatarios limitados, designados o identificables, sino a categorías de personas contempladas en abstracto y en su conjunto³¹.

³⁰ SORIANO GARCÍA, J. E.: *Reglamentos y directivas en la jurisprudencia comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 96 y MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M^a. y SEMPERE NAVARRO, A. V.: *Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 38 y 39. Cada Estado es, pues, competente para desarrollar el contenido de la directiva. Obsérvese que cuanto más detallada sea una directiva, más se distancia de su configuración como fuente del Derecho comunitario de dos niveles y más se aproxima al reglamento comunitario.

³¹ Asuntos Confédération Nationale de Producteurs de Fruits et Légumes c. Consejo, sentencia de 14 de diciembre de 1962, asuntos 16 y 17/62 y Asunto Fédé-

Según lo dispuesto en el TCE, las decisiones dirigidas a particulares engendran derechos y/u obligaciones en beneficio o a cargo de sus destinatarios y son de aplicación directa en el ordenamiento interno. Se trata, pues, de un acto vinculante que tiene destinatarios precisos (personas físicas, personas jurídicas o Estados miembros).

Las decisiones son objeto de notificación imperativa a sus destinatarios. No entran automáticamente en el ámbito público mediante su publicación en el Diario Oficial. Surten efectos a partir de su notificación³². En consecuencia, la falta de publicaciones de las decisiones no impide que tengan efecto directo, que puede ser invocado por los particulares³³ y, al mismo tiempo, a falta de notificación, la decisión carece de todo efecto³⁴.

Se distinguen de las directivas comunitarias, en que las decisiones no precisan de ninguna medida de adaptación al Derecho interno, por lo que confieren derechos y obligaciones a los nacionales de los Estados miembros con independencia de las medidas de ejecución. En fin, se diferencian de los reglamentos en que éstos tienen alcance general, mientras que las decisiones gozan sólo de alcance individual³⁵.

4. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS

Se reconoce al justiciable el derecho a invocar las disposiciones de una directiva comuni-

ration Nationale Boucherie c. Consejo, sentencia de 14 de diciembre de 1962, asuntos acumulados 19 a 22/62.

³² Art. 254.3 TUE.

³³ Asunto Sevince, sentencia de 20 de septiembre de 1990, asunto C-192/89 y Asunto Gottfried Heinrich, sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-345/06.

³⁴ Asunto Hoechst, sentencia de 8 de julio de 1999, asunto C-227/92 y Asunto Gottfried Heinrich, sentencia de 10 de abril de 2008, asunto C-345/06.

³⁵ Además de la decisión que contempla el art. 249 TCE existen las denominadas decisiones sin destinatario, acto atípico adoptado en aplicación del TCE. Se distinguen de las decisiones del art. 249 en que tienen un destinatario identificado.

taria no transpuesta ante sus propias jurisdicciones nacionales para preservar el efecto útil de la directiva³⁶. Todo ello siempre y cuando las disposiciones de la directiva sean suficientemente precisas e incondicionales³⁷. Como es fácil de adivinar, cuanto mayor sea la concreción del contenido de una directiva, mayor aptitud presentará para desplegar sus efectos en el ordenamiento interno de los Estados miembros, en los supuestos de falta de transposición o de transposición incorrecta. Todo ello, sin olvidar que una redacción detallada de una directiva, además de facilitar su eficacia directa, conecta también con la problemática del deslinde de las figuras de directivas y de los reglamentos y, en concreto, con la atribución de competencias de la Unión Europea³⁸.

El efecto directo de las directivas se configura, de esta forma, como el resultado de una situación patológica, consistente en un incumplimiento por parte de los Estados miembros de su obligación de ejecutarlas correctamente en su Derecho interno dentro del plazo fijado³⁹. La invocabilidad deriva del efecto directo, que confiere a las directivas una eficacia jurídica sustancial, sometida al cumplimiento de determinadas condiciones

³⁶ En este sentido también, Asunto Royer, sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 48/75 y Asuntos Gallotti y otros, sentencias de 12 de septiembre de 1996, asuntos acumulados C-58/95, C-112/95, C-119/95, C-135/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95.

³⁷ MILLET, T.: «El efecto directo de las directivas: ¿Hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», *cit.*, pág. 111.

³⁸ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Las directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español», *cit.*, pág. 96 y ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, *cit.*, pág. 108.

³⁹ El Tribunal de Justicia explicó en el Asunto Felicitas Rickmers, sentencia de 15 de julio de 1982, asunto 270/81, como la «eficacia directa sólo constituye una garantía mínima frente a la anómala situación provocada por el incumplimiento por los Estados miembros de su obligación de ejecutar correctamente las directivas en el plazo fijado, situación que no se corrige hasta que efectivamente tiene lugar la correcta ejecución».

–precisión e incondicionalidad– y se encuentra, en cuanto a su contenido, restringida.

En concreto, las circunstancias que deben concurrir para que se produzca el efecto directo de una directiva no transpuesta son las siguientes: *a)* Que haya transcurrido el plazo que se concedió al Estado miembro para su transposición⁴⁰; *b)* Que no se haya efectuado actividad alguna de desarrollo (siempre que la misma fuese necesaria) o que la realizada no se ajuste a lo sancionado en la directiva; y *c)* Que las disposiciones, a las que se pretende dotar de efecto directo, sean suficientemente precisas⁴¹ e incondicionales⁴².

⁴⁰ El Tribunal de Justicia ha entendido que la eficacia de las directivas, en cuanto parámetro de validez de la normativa nacional, está supeditada al vencimiento del plazo fijado, de manera que antes de que finalice el mismo, «los Estados miembros permanecerían libres en la materia», de donde se infiere que «no es posible para un particular invocar el principio de confianza legítima antes de la expiración del plazo previsto para su ejecución». Cfr. Asunto Ratti, sentencia de 5 de abril de 1979, asunto 148/78, Asunto Becker v. Finanzamt Münster-Innenstadt, sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, Asunto Vaneetveld, sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto C-316/93 y Asunto Ambulanter Pflegedienst Kügler GmbH v. Finanzamt für Körperschaften I in Berlin, sentencia de 10 de septiembre de 2002, asunto 141/00. Al respecto, cfr. TIMMERMANS, C.: «Community directives revisited», *YEL*, nº 17, 1997, pág. 11.

⁴¹ Para que una disposición sea suficientemente precisa, es necesario que el juez nacional, que se enfrenta al caso, sea capaz de resolver el conflicto aplicando dicha disposición. En concreto, las disposiciones precisas cumplirán el requisito (como ejemplo, cfr. Asunto Santillo, sentencia de 9 de julio de 1979, asunto C-131/79, Asunto Fratelli Costanzo SpA, sentencia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88 y Asunto Carpaneto I, sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto 129/88), mientras que aquellas generales, que para poder ser aplicadas precisan de la adopción de posteriores medidas que indiquen al juzgador nacional la dirección a seguir, no pueden ser aplicadas por el juez nacional (entre otros supuestos, Asuntos Traen, sentencias de 12 de mayo de 1987, asuntos 372 a 374/85, Asunto Von Colson, sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, Asunto Beentjes, sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87). En este sentido, TIMMERMANS, C.: «Directives: their effect within national legal systems», *cit.*, pág. 541 y PESCATORE, P.: «The doctrine of direct

De lo anterior se infiere que si el Estado se ha abstenido de actuar, no podrá invocarse la directiva mientras no haya transcurrido el plazo de ejecución. Mientras que, si el Estado actúa y ejecuta la directiva, quedará en manos de los tribunales nacionales determinar si la ejecución llevada a cabo puede llegar a comprometer el resultado prescrito por la directiva. En este caso y siempre que se den las condiciones de aplicabilidad a las que nos referiremos a continuación, deberá aplicarse ésta directamente. Es decir, si bien es cierto que para que pueda hablarse del efecto directo de una directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente es necesario que haya transcurrido el plazo que se concedió al Estado para su transposición⁴³, el TJCE ha defendido que los Estados miembros deberán abstenerse de adoptar medidas que puedan comprometer el efecto útil de la directiva aún no transpuesta durante el período inmediatamente anterior a su transposición⁴⁴.

La postura del Tribunal de Justicia a la hora de invocar la eficacia directa de las directivas puede resumirse en los siguientes términos⁴⁵:

- De la directiva no se puede afirmar de pleno derecho el efecto directo en su conjunto.
- Habrá que determinar en cada caso concreto si una directiva puede producir esta forma de eficacia.

effect: an infant disease of Community law», *ELR*, vol. 8, 1983, págs. 176 y ss.

⁴² KLAMERT, M.: «Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting the dots», *CMLR*, nº 43, 2006, pág. 1263.

⁴³ KLAMERT, M.: «Judicial implementation of directives and anticipatory indirect effect: connecting the dots», *cit.*, pág. 1252.

⁴⁴ Asunto Inter-Environnement Wallonie, sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/96 y Asunto Mangold, sentencia de 22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04.

⁴⁵ En extenso, BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: *Las directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional*, *cit.*, págs. 50 y ss.

- Para ello, habrá que tener en cuenta su naturaleza, economía y los términos en que estén establecidas las obligaciones.
- El fundamento de la eficacia directa de una directiva se encuentra, en todo caso, en la exigibilidad de la obligación que imponga a los Estados.

La invocabilidad de las obligaciones derivadas de una directiva está, pues, sometida a la concurrencia de una serie de condiciones: que las obligaciones estén establecidas con «precisión»⁴⁶, que sean «completas y jurídicamente perfectas»⁴⁷ y que sean «incondicionales»⁴⁸, esto es, que no se encuentren sometidas⁴⁹ ni a plazo⁵⁰ ni a reserva⁵¹.

⁴⁶ Asunto Lück, sentencia de 4 de abril de 1968, asunto 34/67 y Asunto Francovich y Bonifaci/República italiana, sentencia de 19 de noviembre de 1991, asuntos 6/90 y 9/90, entre otros. Inicialmente las disposiciones de las directivas habían de ser también «claras», pero al final el Tribunal de Justicia dejó de hacer alusión a este requisito. Al respecto, Asunto Auer, sentencia de 22 de septiembre de 1983, asunto 271/83.

⁴⁷ Asunto Molkerei Zentrale, sentencia de 3 de abril de 1968, asunto 28/67.

⁴⁸ Asunto Müller-Hein, sentencia de 14 de julio de 1971, asunto 18/71.

⁴⁹ Entre otros, Asunto Reyners, sentencia de 21 de junio de 1974, asunto 2/74, Asunto Becker, sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, Asunto Suffitii y otros, sentencia de 3 de diciembre de 1992, asuntos acumulados C-140, 278 y 279/1991, Asunto Vaneetveld, sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto C-316/1993, Asunto Mendes Ferreira y Delgado Correia Ferreira, sentencia de 14 de septiembre de 2000, asunto C-348/1998 y Asunto Velasco Navarro, sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-246/2006. O dicho en otros términos, antes de la expiración de su plazo de ejecución, parece que sólo cabría invocar las directivas para hacer frente a medidas generales adoptadas con posterioridad a su notificación, que hicieran imposible alcanzar el objetivo por ellas fijado llegada dicha expiración, momento a partir del cual se produciría la apertura de su invocabilidad en términos integradores en función de su contenido preciso e incondicional.

⁵⁰ El plazo es el concedido a los Estados para su transposición, de forma que la eficacia directa de las directivas sólo es posible una vez transcurrido el plazo de transposición en ella previsto.

⁵¹ Sabido es que las directivas están sujetas a reserva, ya que su eficacia plena está sometida a la adopción

Ilustrativo de lo hasta ahora expuesto, resulta el Asunto Annalisa Carbonari⁵², ejemplo de un supuesto en el que la obligación establecida por la Directiva invocada no era lo suficientemente precisa como para poder ser aplicada por los Tribunales nacionales. Los hechos de los que trae causa la demanda son los siguientes. La Directiva 75/363/CEE, del Consejo, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los médicos, modificada por la Directiva 82/76/CEE, del Consejo, relativa a la formación a tiempo completo y parcial de los médicos especialistas, establecía el derecho de los médicos en formación al percibo de una remuneración adecuada. Planteada cuestión prejudicial, el TJCE estableció que la obligación de remunerar de forma adecuada los períodos de formación de los médicos especialistas es incondicional y suficientemente precisa, en la medida en que exige⁵³ que, cuando su formación se efectúe a tiempo completo y conforme a las exigencias de la Directiva, esté remunerada. Ahora bien, cuestión distinta es la concreción de dicha obligación. Y, de esta forma, en opinión del TJCE, dicha obligación no permite, por sí sola, al órgano jurisdiccional nacional determinar la identidad del deudor obligado al pago de la remuneración apropiada, ni su cuantía, por lo que no cabe hablar de

de un acto normativo de transposición por parte de los Estados miembros. Asunto Felicitas, sentencia de 15 de julio de 1982, asunto 271/81, en el que se establece que: «En todos los casos en los que una directiva ha sido correctamente transpuesta, sus efectos llegan a los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro afectado sin que sea necesario examinar si la disposición en cuestión reúne las condiciones a las que estaría subordinada la posibilidad de ser invocada por los particulares ante una jurisdicción nacional en el caso de que la directiva no estuviera correctamente transpuesta».

⁵² Sentencia de 25 de febrero de 1999, asunto C-131/97.

⁵³ Con la finalidad de que un médico especialista pueda acogerse al régimen de reconocimiento mutuo previsto en la Directiva en cuestión.

efecto directo de la normativa comunitaria objeto del litigio.

El TJCE matizó su doctrina en el Asunto Marshall⁵⁴. Los hechos origen de la sentencia son los siguientes: la demandante, la Sra. Marshall, prestaba servicios como dietista en el Departamento de Salud Pública de Shou-thampton y Hampshire. Al cumplir la edad de 62 años, la empresa le comunica que, de acuerdo con la normativa aplicable y teniendo en cuenta que tiene cubierto el período mínimo de cotización para causar derecho a la pensión de jubilación, debe causar baja por jubilación. La trabajadora comunica a la empresa su deseo de permanecer en activo, petición que no es atendida por la empleadora. El régimen de jubilación forzosa aplicable en el Reino Unido era diferente entre mujeres y hombres, al tener que jubilarse aquéllas antes que éstos. La trabajadora considera vulnerada la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que no había sido transpuesta al ordenamiento británico. A la vista de estos hechos, el Tribunal de Justicia resolvió que la directiva invocada era aplicable a la trabajadora puesto que su empleador era un organismo público⁵⁵. ¿Cuál hubiera sido la respuesta del Tribunal si el empleador de la Sra. Marshall hubiese sido un empresario privado?

La restricción impuesta por el Tribunal de Justicia consistió en admitir exclusivamente el llamado «efecto directo vertical» de las directivas, esto es, frente al Estado incumplidor. En consecuencia, una directiva no transpuesta no puede crear obligaciones a cargo de un particular, ni ser invocada contra una per-

⁵⁴ Asunto Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84.

⁵⁵ En sus alegaciones, el Abogado General Slynn consideró que «otorgar efecto horizontal a las directivas al permitir que impusieran obligaciones a los particulares difuminaría totalmente la distinción entre reglamentos y directivas establecida en el Tratado».

sona, puesto que el TJCE no ha reconocido su efecto directo horizontal.

El TJCE defendió que el diferente tratamiento otorgado a unos trabajadores frente a otros se justificaba por la responsabilidad que cabe imponer al Estado infractor que no ha transpuesto en tiempo y forma la directiva⁵⁶. En este sentido, cuando el Reino Unido, en el Asunto Marshall se lamentó de que la teoría del efecto vertical de la directiva implicaba «una distinción arbitraria e injusta entre los derechos de los empleados del Estado y los de los empleados del sector privado», el TJCE respondió con firmeza que «tal distinción podría haber sido fácilmente evitada si el Estado miembro en cuestión hubiese incorporado correctamente la directiva a su Derecho interno».

El fundamento de la invocabilidad vertical de las directivas se basa en tres elementos⁵⁷: a) El efecto sanción que se quiere imponer al Estado miembro que ha incumplido su obligación de transponer la directiva⁵⁸. Se restringe la invocabilidad de las directivas a las

⁵⁶ THEIS, E. R.: «Implementation, compliance and effectiveness: emerging issues on compliance and effectiveness within the European Union», *cit.*, págs. 161 y ss., quien explica cómo el fundamento de la eficacia de las directivas comunitarias no estaba claro inicialmente, pero como posteriormente el TJCE estableció la doctrina del *estoppel*.

⁵⁷ MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, J. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 393.

⁵⁸ Asunto Ratti, sentencia de 5 de abril de 1979, asunto 148/78 y Asunto Becker, sentencia de 19 de enero de 1982, asunto 8/81. Esta construcción conceptual, íntimamente vinculada al incumplimiento de los Estados miembros de su deber de ejecución, fue rodeada al tiempo de un trasfondo sancionador, traducido en la limitación de su operatividad al marco de las relaciones verticales y en sentido unilateral. Es decir, serían los particulares quienes pudieran invocar la directa aplicación de las directivas frente a los poderes públicos y no a la inversa, al ser éstos los responsables de la situación patológica origen de la entrada en juego de la eficacia directa. Al respecto, cfr. ALONSO GARCÍA, R.: *El juez español y el Derecho comunitario*, *cit.*, pág. 134.

relaciones verticales por la razón principal de que las obligaciones que imponen sólo se pueden exigir al Estado destinatario, que es el responsable de la no ejecución o del desarrollo irregular de su contenido⁵⁹; b) El principio de cooperación o lealtad hacia los compromisos voluntariamente asumidos por los Estados miembros⁶⁰; y, c) Los principios de aplicación uniforme y no discriminación por razón de nacionalidad.

En consecuencia, en palabras del Tribunal de Justicia:

«Es menester subrayar que según el art. 189 [actual art. 249] del Tratado el carác-

⁵⁹ Asunto Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, pronunciamiento en el que el Tribunal de Justicia, tras recordar su jurisprudencia Becker y dejar claro que el Estado miembro que no haya adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución exigidas por una directiva, no puede oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que aquélla le impone. El carácter obligatorio de una directiva, sobre el que se basa la posibilidad de invocarla ante un órgano jurisdiccional nacional, sólo existe respecto a todo Estado miembro destinatario. De ello se deriva que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular ni es susceptible, por consiguiente, de ser invocada, en su calidad de tal contra dicha persona. Como escribió PESCATORE («Le recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes à des normes déduites de la comparaison des États membres», *RIDC*, nº 2, 1980, págs. 337 y ss.), «de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal, las directivas pueden ser invocadas en los Tribunales nacionales por los particulares, puesto que vinculan a los Estados miembros, como consecuencia de su propia naturaleza vinculante. [...] En resumen, los pronunciamientos del Tribunal en este tema reflejan el principio que en los países de tradición británica se conoce con el término de «estoppel», entendido en sentido amplio y, que, en los países continentales se conoce como *venire contra factum proprium* o *nemo auditur*». En idéntico sentido, GALMOT, Y. y BONICHOT, J. C.: «La Cour de Justice des Communautés Européennes et la transposition des directives en droit national», *RFDA*, nº 1, 1988, pág. 22 y EMMERT, F. y PEREIRA DE AZEVEDO, M.: «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ?», *cit.*, pág. 64. Cfr. PRECHAL, S.: *Directives in the EC Law*, *cit.*, págs. 252 y ss.

⁶⁰ Asunto Moorman, sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto 190/87.

ter obligatorio de una directiva sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un órgano jurisdiccional nacional sólo existe respecto a todo Estado miembro destinatario. De ello se deriva que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona»⁶¹.

Posteriormente, en la sentencia Collino y Chiappero/Telecom Italia SpA⁶², de 14 de septiembre de 2000, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en un supuesto de transmisión empresarial, el Tribunal Europeo rechazó de nuevo el efecto directo horizontal de la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad⁶³, en los siguientes términos:

«Según reiterada jurisprudencia, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente ser invocada, en su calidad de tal en su contra [...]»⁶⁴.

Dicho esto, obsérvese que la exclusión del efecto horizontal de una directiva difícilmente se puede sostener cuando tiene por objeto el desarrollo de una norma contenida en el Tratado, a la que se ha concedido eficacia

⁶¹ Asunto Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84.

⁶² Asunto C-343/98.

⁶³ Derogada por la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o de centros de actividad.

⁶⁴ Jurisprudencia reiterada, entre otros, en el Asunto RAS/Dario Lo Bue, sentencia de 4 de mayo de 2001, asunto C-233/01.

directa o de un principio fundamental. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el principio de igualdad y no discriminación en materia de remuneración, que ha sido declarado invocable por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a favor de los ciudadanos europeos contra todo tipo de sujetos, públicos o privados. Sin embargo, las directivas promulgadas en desarrollo de dicho precepto, van a ver su eficacia reducida a una simple invocabilidad vertical.

Esta diferencia de régimen suscita serios inconvenientes en su aplicación práctica⁶⁵, como tendremos ocasión de desarrollar más adelante y que se concretan, entre otras cuestiones, en el riesgo de discriminación que se deriva del hecho de que se niegue la eficacia horizontal de las directivas, en supuestos en los que la relación laboral del trabajador está entablada con un empresario privado. En estos casos, no podrán invocarse las disposiciones de la directiva; mientras que en los supuestos en los que la relación está establecida con un empresario público, el trabajador podrá invocar dichas disposiciones ante sus órganos jurisdiccionales internos.

Si se parte del hecho de que el Estado infractor no puede desentenderse de una directiva no transpuesta o transpuesta de forma incorrecta, en ciertos supuestos, se producirán perjuicios para algunos particulares. Y, de esta forma, como señaló el Reino Unido en sus observaciones a la sentencia Marshall, el TJCE ha establecido una diferenciación según que la relación laboral tenga lugar con un empresario público o privado,

⁶⁵ RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, cit., pág. 144, quien añade «la invocabilidad de las directivas, reducida a las relaciones verticales, constituye una brecha importante en el principio de primacía del Derecho comunitario, ya que el juez nacional se verá obligado a rechazar sistemáticamente las pretensiones de las partes fundadas en la aplicación directa de una directiva, cuando se ejerciten en procesos entre particulares y frente a disposiciones de índole privada y, en especial, de carácter contractual.

en cuyo caso, si el Estado incumple la obligación de transposición de la directiva, el trabajador resultará perjudicado, al no poder alegarla en justicia.

Asimismo, el no reconocimiento del efecto horizontal de las directivas ha supuesto que la noción de efecto directo no sea homogénea y, en concreto, en lo referente a las directivas, ha implicado la negación de su primacía frente al Derecho nacional y la aplicación menos uniforme del Derecho comunitario⁶⁶.

De todo lo expuesto, la doctrina del TJCE puede resumirse en los siguientes términos: las directivas no pueden ser invocadas frente a los particulares ni por el Estado ni por otros particulares y ello porque los sujetos obligados por las directivas —a tenor de lo dispuesto en el art. 249 del Tratado— son sólo los Estados miembros⁶⁷. Atribuir efecto directo horizontal a las directivas supondría «reconocer a la Comunidad la facultad de establecer normas con efectos inmediatos a cargo de los particulares, cuando sólo tiene esa competencia en aquellos supuestos en los que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos»⁶⁸.

5. LA EFICACIA INTERPRETATIVA DE LAS DIRECTIVAS:

La eficacia interpretativa horizontal de las directivas comunitarias, también conocida

⁶⁶ MANIN, P.: «L'invocabilité des directives: quelques interrogations», *RTDE*, nº 26, 1990, pág. 690.

⁶⁷ Asunto Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84.

⁶⁸ Asunto Faccini Dori, sentencia de 14 de julio de 1994, asunto 91/92. El reglamento se adopta para ser aplicado de forma inmediata, por lo que, por regla general, su contenido es muy preciso. En cambio la directiva tiene otro destino, al ser desarrollada por los Estados miembros en un plazo determinado. La razón profunda de la diferencia entre una y otra fuente del Derecho comunitario estriba en el margen de apreciación que se confiere a los Estados para conseguir el objetivo determinado en las directivas.

como interpretación extensiva, conforme⁶⁹, concurrente⁷⁰, consistente⁷¹ o efecto indirecto o reflejo⁷², es entendida por el Tribunal de Justicia como una mitigación de la negativa en términos absolutos de su operatividad horizontal⁷³. El TJCE, consciente de que la inexistencia de un efecto directo horizontal de las directivas constituye un importante límite al principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, ha establecido el principio de interpretación conforme, en virtud del cual, el Derecho interno habrá de interpretarse por los Tribunales nacionales a la luz de la directiva no transpuesta en plazo o transpuesta de forma inco-

rrrecta. El derecho de interpretación conforme se concibe por el TJCE⁷⁴ como una obligación para el juez nacional, que deriva de la naturaleza vinculante de los arts. 10 y 249 TCE⁷⁵. Se habla, en consecuencia, de una «eficacia horizontal indirecta» de las directivas, en la medida en que se aplican a las relaciones entre particulares, vía interpretación del Derecho nacional⁷⁶.

De no aceptarse el criterio de la eficacia interpretativa horizontal de las directivas, podrían plantearse supuestos de discriminación del hecho de que la relación laboral del trabajador estuviera entablada con una autoridad pública o con un empresario privado: en el primer caso, podrían invocarse las disposiciones de la directiva ante sus órganos jurisdiccionales internos; en el segundo no⁷⁷. O expresado en otros términos, ante el incumplimiento estatal de transposición en tiempo y forma de una directiva, el TJCE permite a un particular alegar dicha directiva frente a su Estado miembro (cualquiera que sea el organismo que la incumple y cualquiera que sea la actividad que lleve a cabo), pero impide que la alegue frente a otro particular. La discriminación que se origina es aun más grave en aquellos supuestos en los que la directiva no invocable horizontalmente contiene el desarrollo de principios fundamen-

⁶⁹ PRECHAL, S.: *Directives in European Community Law: a study of Directives and their enforcement in national Courts*, cit., págs. 200 y ss.

⁷⁰ BETLEM, G.: *Civil liability for transfrontier pollution*, Graham and Trotman, Nijhoff, Londres, 1993, pág. 204.

⁷¹ DAL FARRA, A.: «Les fondaments de l'invocabilité de la directive devant le juge national: le malentendu conceptuel», *RTDE*, 1992, pág. 634.

⁷² SHAW, J.: «Pregnancy discrimination in sex discrimination», *ELR*, 1991, págs. 313 y ss., STEINER, J.: «From direct effect to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law», *ELR*, nº 18, 1993, págs. 3 y ss. y EMMERT, F. y PEREIRA DE AZEVEDO, M.: «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE : un bateau ivre ?», cit., págs. 503 y ss.

⁷³ De hecho, negada la eficacia horizontal de las directivas comunitarias, ello no ha impedido de hecho la aparición en escena de supuestos en los que un particular solicita la aplicación de una directiva frente a una autoridad pública, a resultas de la cual se deriva un perjuicio para un tercero. Como ejemplos, cabe citar el Asunto Fratelli Costanzo, sentencia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88 y el Asunto Furlanis, sentencia de 26 de octubre de 1995, asunto C-143/94. PRECHAL, S.: *Directives in the EC Law*, cit., pág. 200, recuerda que la doctrina científica ha hablado de «efecto indirecto, interpretación concurrente, interpretación leal, interpretación armónica, interpretación benevolente, interpretación conciliadora, interpretación conforme, obligación interpretativa, principio *Von Colson*, interpretación uniforme, «*invocabilité d'interprétation*» (la cursiva es del autor). En parecidos términos, cfr. «The principle of indirect effect of Community Law», cit., pág. 204 y CURTIN, D.: «The providence of government: delimiting the direct effect of directives in the Common Law context», *ELR*, nº 15, 1990, pág. 463.

⁷⁴ En la etapa inicial de construcción de este principio, se concibe como una facultad del juez nacional y no como una obligación de carácter general. Corresponden a este período sentencias tales como el Asunto Haaga, sentencia de 12 de noviembre de 1974, asunto 32/74 o el Asunto Carmelo Bonsignore, sentencia de 26 de febrero de 1975, asunto 67/74.

⁷⁵ BELLIDO BARRIONUEVO, M. P.: «La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el período de transposición. El efecto anticipación de la directiva en conexión con el efecto bloqueo», *CCDP*, nº 24, 2005, pág. 160.

⁷⁶ SALA FRANCO, T.: «Informe acerca de la política y el Derecho Social Comunitario en la Unión Europea», en AA. VV.: *Dimensión social de la globalización y de los procesos de integración*, OIT, Ginebra, 2002, pág. 208.

⁷⁷ PRECHAL, S.: «Remedies after Marshall», *CMLR*, nº 27, 1990, pág. 456.

tales⁷⁸. En fin, dicha discriminación podría llegar a ser evidente si una empresa pública se reprivatizara o si se nacionalizara una empresa privada, pues dos trabajadores de la misma empresa podrían invocar o no la directiva, dependiendo del momento en que se hubiese originado el conflicto con el empresario.

El asunto *Foster c. British Gas*⁷⁹ resulta especialmente ilustrativo. En dicho pronunciamiento, el TJCE mantuvo el concepto amplio de Estado, que se extiende a establecimientos autónomos, que se rigen por los principios propios de la gestión privada. El TJCE consideró invocable la directiva en cuestión, porque los hechos del proceso se remontaban a una época en que la demandada era una empresa nacionalizada y, en consecuencia, los trabajadores lograron el amparo solicitado. Poco tiempo después de dictarse sentencia, la empresa fue privatizada. Tras la privatización, los mismos trabajadores no hubieran podido invocar la directiva, por unos hechos idénticos, aunque posteriores en el tiempo.

La eficacia interpretativa de las directivas comunitarias tiene su origen en el marco de las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales. En ellas, los jueces nacionales preguntan sobre la correcta interpretación de estas normas comunitarias con objeto de adecuar la interpretación de las normas nacionales a las directivas. La formulación de este principio se encuentra⁸⁰ en las

⁷⁸ MILLÁN MORO, L.: «La eficacia directa de las directivas: evolución reciente», *cit.*, págs. 855 y ss. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «Las directivas como instrumento de política social y su relación con el ordenamiento laboral español», *cit.*, págs. 102 y 103.

⁷⁹ Sentencia de 12 de julio de 1990, asunto C-188/189.

⁸⁰ Una incipiente formulación de este principio se intuye en el Asunto *Friedrich Haaga GmbH*, sentencia de 12 de noviembre de 1974, asunto 32/74 y en el Asunto *Mazzalai*, sentencia de 20 de mayo de 1976, asunto 111/75. En este último pronunciamiento, el TJCE ya afirmó que «independientemente de los efectos de la

célebres sentencias *Von Colson/Kamann*⁸¹ y *Harz*⁸², reiteradas por la jurisprudencia posterior⁸³.

directiva, en casos como el presente, una interpretación de la directiva puede ser útil al juez nacional a fin de asegurar a la ley adoptada para la aplicación de aquella una interpretación y aplicación conformes a las exigencias del Derecho comunitario».

⁸¹ Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83. HINTON, E. F.: «Strengthening the effectiveness of Community Law, direct effect, article 5 EC and the European Court of Justice», *NYU Journal of International Law and Politics*, nº 31, 1998, págs. 326 y ss., quien explica que el Asunto *Von Colson* ilustra cómo el principio de interpretación conforme se aplica a supuestos en los que una directiva no goza de efecto directo al no reunir los requisitos establecidos en los Asuntos *Vand Gend & Loos* y *Van Duyn*.

⁸² Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 79/83.

⁸³ Entre otros, Asunto *Gebroeders Beentjes*, sentencia de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87; Asunto *Johnston*, sentencia de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84; Asunto *Nijman*, sentencia de 7 de noviembre de 1989, asunto 125/88; y, Asunto *Kolpinghuis Nijmegen*, sentencia de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, en el que el Tribunal de Justicia entendió que el juez ha de respetar los principios generales del Derecho que forman parte del Derecho comunitario, especialmente los de seguridad jurídica e irretroactividad. Afirmó también que «una directiva no puede, por sí sola y con independencia de una ley interna adoptada por un Estado miembro para su aplicación, dar lugar a responsabilidad penal o agravada de quienes la contravengan». Un caso distinto es el Asunto *Wagner Miret*, sentencia de 16 de diciembre de 1993, asunto 334/92, en el que la respuesta del Tribunal difiere en la medida en que no se impone la aplicación de la directiva y se respeta la interpretación del juez español, ya que: «El principio de interpretación conforme se impone especialmente al órgano jurisdiccional nacional cuando un Estado miembro ha considerado, como en el caso de autos, que las disposiciones preexistentes de su Derecho nacional respondían a las exigencias de la Directiva de que se trataba»; un detallado estudio de esta sentencia en BORRAJO DACRUZ, E.: «Libertad de opción y responsabilidad del Estado-Legislador a las directivas comunitarias europeas: La experiencia del FOGASA», *AL*, 1994-3, págs. 567 y ss. Cfr. también Asunto *Inter-Environnement Walloni*, sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-129/1996, Asunto *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*, de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C-397/2001 a C-403/2001 y Asunto *Konstantinos Adeneler* y otros/*Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, sentencia de 4 de julio de 2006, asunto C-212/2004.

La obligación de interpretación conforme a una directiva surge siempre que quepa interpretar en alguna medida la disposición legal nacional. En tal caso, el juez nacional, tomando en consideración los métodos de interpretación habituales en su sistema jurídico, deberá dar prioridad a aquel método que le permita dar a la correspondiente disposición de Derecho nacional un significado conforme con la directiva⁸⁴. O dicho en palabras del Tribunal de Justicia:

«La obligación de los Estados miembros, dimanante de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al art. 5 [actual art. 10] del Tratado, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias de las autoridades judiciales. De ello se desprende que, al aplicar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y de esta forma, atenerse al párrafo tercero

⁸⁴ Asunto *Marleasing*, sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto 106/89. El mencionado trasfondo sancionador de la eficacia directa trae como consecuencia la exclusión de ésta en el contexto de las relaciones horizontales, en la medida en que es solamente el autor de la infracción el que debe sufrir las consecuencias de la misma. Cfr. también, Asunto *Van Munster*, sentencia de 5 de octubre de 1994, asunto C-165/1991, Asunto *Rijksdienst loor Pensioenen y Robert Engelbrecht*, sentencia de 26 de septiembre de 2000, asunto C-262/1997, Asunto *Pfeiffer e.a./Deutsches Rotes Kreuz*, sentencia de 5 de octubre de 2004, asuntos C-397/2001 a C-403/2001 y Asunto *Hendrix vs. UWV*, de 11 de septiembre de 2007, asunto C-287/2005. La interpretación conforme deberá llevarse a cabo según el tenor literal y la finalidad de la directiva.

del art. 189 [actual art. 249] del Tratado»⁸⁵.

Y, de esta forma, admitida la existencia de un margen de apreciación de los Estados miembros en la ejecución de la directiva, nace la obligación⁸⁶ de resolver el litigio a partir de disposiciones nacionales análogas o de principios generales del Derecho, siempre guiado en la búsqueda de unas y otros por los parámetros marcados por la normativa comunitaria, situándose, pues, el juez nacional en la difusa frontera entre la pura aplicación del Derecho comunitario y su eficacia interpretativa⁸⁷: salvo en el caso de que en el ordenamiento interno el Tribunal nacional cuente con una disposición clara y rotunda en sentido contrario a la Directiva, deberá forzar al máximo los márgenes que le concede su propio ordenamiento para dar de esta manera efecto a lo dispuesto en la Directiva⁸⁸.

Como hemos avanzado, dicho principio fue sentado en las sentencias *Von Colson y Kamann*⁸⁹ y *Harz*⁹⁰, dictadas en asuntos casi

⁸⁵ Asunto *Marleasing*, sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto 106/89, apartado 8.

⁸⁶ El principio de interpretación conforme no es una facultad del juez nacional, sino que se concibe como una obligación, dentro de los límites que la jurisprudencia del TJCE ha establecido.

⁸⁷ ALONSO GARCÍA, R.: *El juez español y el Derecho comunitario*, cit., pág. 183.

⁸⁸ CRAIG, P.: «Directives: Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation», *ELR*, nº 6, 1997, págs. 519 y ss., PRECHAL, S.: *Directives in European Community Law: a study of Directives and their enforcement in national Courts*, Oxford European Community Law Library, Oxford, 1995, BELLIDO BARRIONUEVO, M. P.: «La eficacia interpretativa de la directiva comunitaria durante el período de transposición. El efecto anticipación de la directiva en conexión con el efecto bloqueado», cit., pág. 161 y SARMIENTO, D.: «Los «free-lance» del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina Cifitb», en AA. VV.: *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 395.

⁸⁹ Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 14/83.

⁹⁰ Sentencia de 10 de abril de 1984, asunto 79/83.

idénticos, con la única diferencia de que en la primera, las demandantes se enfrentaban a un ente público –el Land Nordrhein-Westfalen–, mientras que en la segunda, la actora reclamaba contra una empresa privada⁹¹. Ambas se basan en dos cuestiones prejudiciales planteadas por el *Arbeitsgericht* de Hamburgo con objeto de responder a dos litigios planteados por infracción del art. 611 BGB alemán, norma de transposición de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Las dos demandantes denunciaban dicha discriminación, una frente a un ente público, otra frente a una empresa privada.

En el Asunto Von Colson y Kamann, el Land Nordrhein-Westfalen rechazó contratar a las recurrentes como asistentes sociales en la prisión de Werl por razón de su sexo. Los funcionarios encargados del proceso de selección justificaron el rechazo de las demandantes en base a los problemas y riesgos que entrañaría la contratación de candidatos femeninos en una prisión, seleccionando finalmente a unos candidatos masculinos menos cualificados.

Interpuesta demanda, el *Arbeitsgericht* de Hamm estimó que había habido discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo. El Derecho alemán preveía como única sanción al respecto una indemnización por los perjuicios causados. A la vista de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, el Tribunal alemán planteó diversas cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En concreto, pretendía saber si se podía deducir de la Directiva que una discriminación en relación con el acceso al empleo por razón de sexo debía ser sancionada, exigiéndose al empresario la celebra-

ción de un contrato de trabajo con el candidato discriminado. Por otro, quería saber las sanciones que permitía imponer la directiva en los supuestos de discriminación en el acceso al empleo.

En este pronunciamiento, el TJCE estableció que los Estados miembros están obligados a adoptar medidas que sean suficientemente eficaces para garantizar el efecto útil de las directivas y asegurar que dichas medidas puedan ser invocadas, de manera efectiva, ante los tribunales nacionales por las personas a quienes afecten⁹². Tales medidas pueden incluir, por ejemplo, disposiciones que obliguen al empresario a ofrecer un puesto al candidato discriminado o una compensación económica adecuada, reforzadas, en su caso, por un sistema de multas. Sin embargo, la directiva no establece una sanción específica, sino que deja a los Estados miembros libertad para elegir entre las diferentes soluciones posibles para alcanzar su objetivo. En consecuencia, la Directiva no exige que una discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo deba ser sancionada con la obligación impuesta al empresario de celebrar un contrato de trabajo con el candidato discriminado⁹³. El Tribunal concluye que la directiva no

⁹² HINTON, E. F.: «Strengthening the effectiveness of Community Law, direct effect, article 5 EC and the European Court of Justice», *NYU Journal of International Law and Politics*, nº 31, 1998, págs. 326 y ss.

⁹³ Añade el TJCE que la sanción, para resultar efectiva y disuasoria, debe adecuarse al perjuicio causado, lo que no es el caso de «una indemnización puramente simbólica, como, por ejemplo, el reembolso de los gastos ocasionados para presentar la solicitud de empleo». En consecuencia, el juez está obligado «a dar a la legislación nacional adoptada en ejecución de la directiva, en la medida en que así lo permita su Derecho nacional, una interpretación y una aplicación conformes con las exigencias del Derecho comunitario». En relación a la segunda cuestión planteada, el Tribunal entendió que, aunque la plena ejecución de la directiva no impone en los casos de discriminación, ninguna forma específica de sanción, exige, no obstante, que la que se adopte sea apta para garantizar una protección real y efectiva, así como tener un efecto disuasorio para el empresario. De lo que se deduce que cuando un Estado miembro elige

⁹¹ En extenso, cfr. RUIZ-JARABO COLOMER, D.: *El juez nacional como juez comunitario*, cit., págs. 148 y ss.

establece ninguna obligación incondicional y suficientemente precisa que pueda ser invocada por un particular, a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro de plazo.

Por su parte, en el Asunto Harz en el que la pretensión se dirigía contra una empresa privada, el Tribunal de Justicia elaboró una interesante construcción, para evitar incurrir en discriminación: el principio de interpretación conforme. En base al mismo, el juez nacional está obligado a interpretar su derecho interno a la luz del texto y de la finalidad de la directiva, es decir, el juez nacional debe hacer todo lo posible para llegar a un resultado conforme con la directiva en su aplicación del Derecho nacional.

El juez nacional debe interpretar todo el Derecho nacional conforme a la Directiva y, por tanto, no sólo algunas disposiciones concretas⁹⁴. La obligación de interpretación conforme se refiere también a aquellos supuestos de disposiciones nacionales anteriores a la Directiva o que versen sobre materia distinta⁹⁵.

sancionar la discriminación mediante el otorgamiento de una indemnización, la compensación debe ser adecuada al perjuicio causado.

⁹⁴ Algunos autores han defendido que la obligación de interpretación conforme depende enteramente del libre albedrío del juez nacional (VALLADARES, R.: «Franco-vich: light at the end of the Marshall tunnel», *UMYBIL*, nº 1, 1995, págs. 32 y ss.); otros, que el principio de interpretación conforme no obliga a forzar la interpretación de la legislación nacional (MALTBY, N.: «Marleasing: what is all the fuss about?», *cit.*, págs. 305 y ss.); y, en fin, quienes consideran que la obligación de interpretación conforme es absoluta (DE BURCA, G.: «Giving effect to European Community Directives», *cit.*, págs. 227 y ss.). Al respecto, en detalle, VARNER, C. A.: «The effectiveness of European Community Law with specific regard to directives: the critical step not taken by the European Court of Justice», *cit.*, pág. 470.

⁹⁵ Asunto Marleasing, sentencia de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/1989. Y, en este sentido, cfr. también Asuntos acumulados Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klasu Nestvogel, Roswitha Zeller y Matthias Döbele c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, sentencias de 5

Y, de esta forma, como explicó el TJCE en su sentencia Luigi Spano⁹⁶, dictada en un supuesto de sucesión empresarial⁹⁷:

«Aunque el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada en su calidad de tal, contra dicha persona (véase, en particular, la sentencia de 14 de julio, Faccini Dori, C-91/92), también ha declarado que al apli-

de octubre de 2004, asuntos acumulados 397 a 403/01. Igualmente, BETLEM, G.: «The principle of indirect effect of Community Law», *cit.*, págs. 1 y ss., AMSTUTZ, M.: «In-between worlds: Marleasing and the emergence of inter-legality in legal reasoning», *ELJ*, nº 11, 2005, págs. 766 y ss. y CRAIG, P. y DE BURCA, G.: *EU Law*, *cit.*, pág. 289. Algunos autores consideraron que el Asunto Marleasing podía suponer el reconocimiento de la eficacia horizontal de las directivas, aunque no fue así. En este sentido se pronunciaron, entre otros, EMMERT, F. y PEREIRA DE AZEVEDO, M.: «L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la CJCE: un bateau ivre?», *cit.*, pág. 510, SCHOCKWELER, F.: «Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers», en AA. VV.: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 1201 y ss., PRECHAL, S.: «Remedies after Marshall», *CMLR*, 1990, pág. 470 y CRAIG, P.: «Directives: Direct effect, indirect effect and the construction of national legislation», *cit.*, págs. 537 y ss.

⁹⁶ Sentencia de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93. En parecidos términos, Asunto BMW, sentencia de 23 de febrero de 1999, asunto 63/97, Asunto Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, sentencias de 27 de junio de 2000, asuntos 240-244/98, Asunto Adidas Salomón y Adidas Benelux, sentencia de 23 de octubre de 2003, asunto 408/01.

⁹⁷ El conflicto surgió entre diversos trabajadores y las empresas Fiat Geotech y Fiat Hitachi, en un supuesto de sucesión empresarial. El juez nacional presentó cuestión prejudicial en relación a la conformidad de la normativa nacional de transposición de la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. El TJCE reiteró la no invocabilidad de las directivas frente a los particulares y recordó la necesaria aplicación del principio de interpretación conforme.

car el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esa forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 [actual artículo 249] del Tratado».

En posteriores pronunciamientos, el TJCE ha reforzado el principio de interpretación conforme al considerarlo «inherente al sistema de Tratados», «con origen en los arts. 10 y 249 TCE» y «requisito de la primacía del Derecho Comunitario»⁹⁸.

En resumen, el Tribunal de Justicia ofrece un tratamiento uniforme de la eficacia interpretativa de las directivas, con independencia del contexto litigioso (horizontal o vertical) y, en caso de ser vertical, con independencia de a favor de quien juegue (el Estado o un particular), de manera que, como explicó el Abogado General Darmon en sus conclusiones a los asuntos Dekker⁹⁹ y Handels-og Konترفunktionaerernes Forbund i Danmark¹⁰⁰:

«Es preciso distinguir entre la posibilidad de invocar una directiva, cuando no existan normas nacionales que permitan alcanzar sus objetivos, para disfrutar directamente de la aplicación de sus disposiciones (teoría llamada del efecto directo) y la posibilidad de invocar una directiva a los meros efectos de su interpretación del Derecho nacional y, en particular, de las disposiciones por las que se efectúa la

adaptación al texto comunitario (teoría llamada de la interpretación conforme). Si la primera está limitada sólo a aquellas disposiciones de las directivas que sean lo suficientemente precisas e incondicionales y, según la jurisprudencia de este Tribunal, no puede regular las relaciones entre particulares, la segunda es muy general, sea cual fuere el efecto, directo o no, de la directiva y sean cuales fueren las partes».

El reconocimiento restrictivo del efecto directo (a las relaciones verticales) se basa no tanto en la aplicación a toda costa de la directiva no transpuesta o transpuesta de forma incorrecta, como en el deseo de la previa acomodación del Derecho interno a la directiva, con la finalidad de salvaguardar la función de las directivas comunitarias: la armonización de las legislaciones de los Estados miembros. Es cierto que puede defenderse que la aplicación del principio de interpretación conforme puede lograr unos resultados idénticos a los que hubiera producido el reconocimiento de la eficacia horizontal de las directivas comunitarias. Pero desde el momento en que la aplicación del principio de interpretación conforme depende, en su concreción, de la voluntad del juez nacional, respetar el efecto útil de la directiva queda en manos del Tribunal nacional¹⁰¹. Sabido es que el principio de seguridad jurídica es suma de los principios de certeza, legalidad, jerarquía, publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de arbitrariedad. Es indudable que, en la aplicación del principio de interpretación conforme¹⁰², el concepto de

⁹⁸ Asunto Mau, sentencia de 2003, asunto C-160/01, Asuntos acumulados Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert SüB, Michael Winter, Klasu Nestvogel, Roswitha Zeller y Matthias Döbele contra Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, sentencia de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados 397 a 403/01.

⁹⁹ Sentencia de 8 de noviembre de 1990, asunto 177/88.

¹⁰⁰ Sentencia de 8 de noviembre de 1990, asunto 179/88.

¹⁰¹ RASMUSSEN, H.: «Towards a normative theory of interpretation of Community Law», *cit.*, pág. 145.

¹⁰² BETLEM, G.: «The doctrine of consistent interpretation», en AA. VV.: *Direct effect: rethinking a classic of EC legal doctrine*, Coord. Prinssen, J. M. y Schrawen, A., Europa Law, Groningeen, 2002, pág. 84, quien explica cómo para el Abogado General Jacobs, hubiera sido preferible reconocer el efecto horizontal de las directivas, antes que tener que convivir con la inseguridad jurídica que el principio de interpretación conforme lleva consigo; postura defendida en el Asunto Vaneetveld, sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto C-316/93.

certeza legal, en base al cual toda aplicación de la ley ha de conducir a un resultado predecible— puede verse afectado¹⁰³.

Podemos ilustrar alguna de las consecuencias que se derivan de la doctrina del TJCE, que niega eficacia directa horizontal a las directivas comunitarias y, en su lugar, apuesta por el principio de interpretación conforme, con la ayuda de un ejemplo¹⁰⁴. Imaginemos que el Departamento de Recursos Humanos de una empresa se dirige a su asesor legal y le pregunta por la eficacia de una directiva comunitaria, relativa al principio de igualdad y no discriminación, que no ha sido transpuesta o no lo ha sido en tiempo y forma en el Estado miembro en cuestión. En concreto, la empresa quisiera saber si ha de aplicar la legislación nacional o la directiva comunitaria. Si el TJCE hubiese optado por reconocer la eficacia horizontal de las directivas comunitarias, la respuesta del letrado hubiese sido sencilla: compararía la legislación nacional y la comunitaria, identificaría las diferencias, analizaría si las disposiciones comunitarias reúnen los requisitos para poder ser aplicadas directamente (precisión e incondicionalidad) y, si así fuese, recomendaría a la empresa el cumplimiento de lo dispuesto en la directiva comunitaria. Ahora bien, en la medida en que el TJCE no ha reconocido la eficacia horizontal de las directivas y ha establecido el principio de interpretación conforme la solución es más compleja. El letrado compararía igualmente la legislación nacional y la directiva comunitaria, pero informaría a la empresa de que la necesidad de dar o no cumplimiento a lo dispuesto en la normativa comunitaria no transpuesta dependerá de si el juez nacional aplica o no el principio de interpretación conforme y en qué términos, ya que no debe olvidarse que para hacer efectivo dicho principio no es necesario

que las disposiciones de la directiva sean precisas e incondicionales¹⁰⁵.

De lo expuesto se desprende que la doctrina del TJCE puede crear mayor inseguridad jurídica y dificultades de aplicación que la posición jurisprudencial que hubiera consistido simplemente en el reconocimiento de la eficacia horizontal de las directivas comunitarias.

6. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE ESTADO

El TJCE ha intentado suavizar las insuficiencias que para una plena operatividad del Derecho comunitario implica la negación de eficacia aplicativa horizontal de las directivas al establecer una noción amplia del concepto de Estado, con la finalidad de dar el mayor efecto posible al principio de que el incumplimiento del deber de desarrollar adecuadamente una directiva no puede reportar ventaja alguna al Estado destinatario¹⁰⁶.

Como tuvimos ocasión de ver, en la sentencia Marshall, de 26 de febrero de 1986¹⁰⁷, el TJCE admitió la invocabilidad de las directivas, no ya contra el Estado como titular del poder público, sino también contra el Estado cuando actúa como empresario, incluso cuando aparece representado por una entidad dotada de personalidad jurídica y sometida a las reglas habituales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁰⁸. En este sentido se

¹⁰⁵ PRECHAL, S.: *Directives in EC Law*, cit., pág. 206.

¹⁰⁶ SIMON, D.: *La directive européenne*, cit., págs. 68 y ss.

¹⁰⁷ Asunto 152/84.

¹⁰⁸ Este concepto de Estado se aplica también a los organismos estatales que no juegan ningún papel en la transposición de la normativa comunitaria, por lo que puede hablarse, en opinión de la doctrina científica, de «efecto directo administrativo». En este sentido, WITTE, B. DE: «Direct effect, supremacy and the nature of the legal order», en AA. VV.: *Evolution of the EU Law*, Coord. P. Craig y G. De Burca, Oxford University Press, Oxford, 1999, págs. 177 y ss.

¹⁰³ Asunto Kloppenburg, sentencia de 22 de febrero de 1984, asunto C-70/83.

¹⁰⁴ Seguimos en este punto a CRAIG, P. y DE BURCA, G.: *EU Law*, cit., pág. 301.

pronunció el Abogado General Slynn, para quien el concepto de Estado debía ampliarse «hasta abarcar todos los órganos del Estado»¹⁰⁹.

Posteriormente, en la sentencia Fratelli Costanzo SpA/Comune di Milano, de 22 de junio de 1989¹¹⁰, el TJCE estableció que:

«Es importante señalar que la razón por la que un particular puede invocar las disposiciones contenidas en una directiva ante los Tribunales nacionales, cuando se cumplan los requisitos descritos, reside en que las obligaciones que emanan de dichas disposiciones son de obligado cumplimiento para las autoridades de los Estados miembros.

Resultaría contradictorio defender que un particular puede invocar ante los tribunales nacionales las disposiciones contenidas en una directiva, y, al mismo tiempo, que dichos tribunales no tienen obligación alguna de aplicar las disposiciones de la directiva. En consecuencia, cuando se reúnan los requisitos para poder invocar una directiva no transpuesta ante los tribunales nacionales, todos los organismos de la Administración Pública, incluyendo organismos descentralizados como las autoridades locales, están obligados a su aplicación».

En ese momento, la doctrina científica criticó, no sin razón, la paradoja que la construcción del TJCE había creado al extender, por una parte, el concepto de Estado en los supuestos de invocación de directivas no transpuestas o transpuesta de forma incorrecta y, al mismo tiempo, al negarse a otorgar efecto directo horizontal a las directivas comunitarias¹¹¹. Es decir, pese a la amplia-

ción del concepto de Estado, la distinción entre empresarios privados y públicos permanece. Es cierto que ampliar el concepto de Estado implica ampliar el número de trabajadores protegidos, pero no soluciona el problema: la diferencia entre trabajadores persiste en función de la naturaleza pública o privada de su empleador¹¹².

La sentencia Foster/British Gas, de 12 de julio de 1990¹¹³ resolvió un supuesto de jubilación forzosa. El régimen aplicable en la empresa era diferente para mujeres y hombres, al tener que jubilarse antes aquéllas (60 años) que éstos (65 años). Las demandantes consideraban vulnerada la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que no había sido transpuesta al ordenamiento británico. A la vista de los hechos, el TJCE confirmó que las disposiciones de una directiva pueden invocarse contra todo organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, se le haya encomendado, en virtud de un acto de autoridad pública, la prestación

¹¹² El problema aumenta si se considera que lo ha de entenderse por Estado difiere de unos Estados miembros a otros. Al respecto, cfr. FOSTER, N.: *EC Law directions*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pág. 170.

¹¹³ Asunto C-188/89. Comenta esta sentencia PRECHAL, S.: «Remedies after Marshall», *cit.*, págs. 457 y ss., quien explica que «basically two types of tests were discussed in the written observations and, subsequently, at the hearing. In the first place, there is a *functional test* which implies that one has to look at the functions performed by a person or an entity. According to this test, an entity carrying out a public function on behalf of the state, or a body entrusted with a public duty, should be considered as a part of the state. However, the usefulness of this test for the development of more general Community criteria may be questioned. Indeed, what is seen as public duty may vary from State to State and may change over time [...]. Thus although in some situations the functional test may work, in other situations it may be of no help. In the second place, there is an approach based on the existence of *control* on the part of the state in relation to the person or entity concerned. At the first sight, at least two forms of control are conceivable». La cursiva es del autor.

¹⁰⁹ Asunto Marshall, sentencia de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, 735.

¹¹⁰ Asunto C-103/88.

¹¹¹ CURTIN, D.: «The providence of government: Delimiting the direct effect of directives in the Common Law context», *cit.*, págs. 196 y ss.

de un servicio de interés público, bajo el control de esta última¹¹⁴. En este caso, el TJCE admitió que las trabajadoras despedidas de la empresa británica BGC invocaran las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, contra una empresa pública encargada de la distribución del gas en Gran Bretaña¹¹⁵. En concreto, la actividad principal de la empresa BGC consistía en desarrollar y mantener en régimen de monopolio un sistema de distribución del gas¹¹⁶, bajo el control directo del ejecutivo y del legislativo¹¹⁷, disponiendo

a tal efecto de una serie de prerrogativas concretas¹¹⁸.

En fin, la sentencia Foster/British Gas no facilitó un concepto unívoco de lo que había de entenderse por Estado en los supuestos de eficacia directa de las directivas comunitarias, sino que se limitó a indicar que podía tratarse de todo organismo, cualquiera que fuera su forma jurídica, al que se le hubiera encomendado, en virtud de un acto de autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público, bajo el control de esta última. Esto provocó que, en un primer momento, el TJCE dejara en manos de los Tribunales nacionales la concreción de esta definición tan amplia¹¹⁹, aunque posteriormente desarrolló su doctrina¹²⁰.

¹¹⁴ En este sentido, cfr. igualmente Asunto Helmut Kampelmann y otros/ Landschaftsverband Westfalen-Lippe, sentencia de 4 de diciembre de 1997, asunto C-253 a 258/1996, Asunto Rieser Internationale Transporte GmbH/ASFINAG Autobahnen- und Schnellstrassen Finanzierungs- Aktiengesellschaft, sentencia de 5 de febrero de 2004, asunto C-157/2002, Asunto Vasallo/Azienda Ospedaliera Hospédale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C-180/2004 y Asunto Criatiano Marrosu y Gianluca Sardino/Azienda Ospedaliera San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C-53/2004.

¹¹⁵ En relación a los riesgos que esta noción amplia de Estado puede conllevar, cfr. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., págs. 395 y ss. quien explica como «lo más grave es la incertidumbre que genera su acomodaticia concepción del Estado. Incertidumbre para los particulares y para los órganos públicos, pues dependiendo de la norma comunitaria a aplicar [...] predica una noción restringida del Estado («Administraciones Públicas») en el sentido de estricto ejercicio de autoridad pública; si se plantea el efecto directo de una directiva frente al Estado, entonces la balanza del Tribunal se inclina por una concepción amplia descubriendo actividad estatal en cualquier resquicio».

¹¹⁶ Tenía la condición de entidad pública a los efectos de la legislación británica, al respecto cfr. Informe para la vista pág. I-3316.

¹¹⁷ El Secretary of State nombra a los miembros del órgano de dirección y dictaba las normas en cuestio-

nes atinentes al interés general. Por su parte, la BGC tenía obligación de informarle periódicamente sobre sus actividades. Cfr. Informe para la vista, págs. I-3315 y ss. y conclusiones del Abogado General, págs. I-3327 y ss.

¹¹⁸ La BGC disponía de la facultad de presentar proposiciones de Ley al Parlamento con la autorización del Secretary of State; cfr. Informe para la vista pág. I-3316.

¹¹⁹ Asuntos acumulados Kampelmann v. Landschaftsverband Westfalen-Lippe, sentencias de 4 de diciembre de 1997, asuntos C-253-258/96 y Asuntos acumulados Salamander v. Parliamen & Council, sentencias de 27 de junio de 2000, asuntos T-172 y T-175-177/98 y Asunto Collino & Chiappero v. Telecom Italia, sentencia de 14 de septiembre 2000, asunto C-343/98.

¹²⁰ Asunto Rieser, sentencia de 5 de febrero de 2004, asunto C-157/02, Asunto Vasallo v. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino de Genova, sentencia de sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C-180/04, Asunto Collino & Sardino v. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, sentencia de 7 de septiembre de 2006, asunto C-53/2004.

RESUMEN En el actual contexto de transformación de los presupuestos sociales y políticos que sirvieron de base a los mecanismos jurídicos de nuestro Estado de Derecho, el Derecho comunitario ha ocupado un lugar destacado, siendo la directiva comunitaria la más relevante. La mayor parte de las disposiciones adoptadas en materia laboral en el seno de la Unión Europea son directivas, por lo que cada vez son más frecuentes los problemas relativos a su aplicación y es mayor el número de trabajadores y empresarios afectados por ellas. Al mismo tiempo, la interpretación del contenido de las directivas constituye el núcleo esencial de las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por los jueces nacionales. El presente trabajo aborda la aplicabilidad y eficacia del Derecho Social comunitario; en concreto, de los reglamentos, las directivas y las decisiones en materia social comunitaria.

ABSTRACT In the current context of transformation of the social and political budgets on which the legal mechanisms of our rule of law were based, Community Law has occupied a distinct position, the European directive being the most relevant law. The majority of the provisions adopted in Labour Law within the European Union are directives, so problems related to their application are more and more frequent, and the number of employers and workers affected by them is increasing. At the same time, the interpretation of the directives content is the essential core of the preliminary rulings referred to the Court of Justice of the European Communities by national judges. This paper deals with the applicability and effectiveness of the Community Social Law, specifically, of the regulations, directives and rulings on Community social issues.

La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional

JESÚS R. MERCADER UGUINA*

1. ¿PUEDE APLICAR EL DERECHO DEL TRABAJO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

«Una norma N es la aplicada por un juez J de un sistema S en un caso individual I, si, y sólo si, N es usada por J para la resolución de I»¹. Esta es, de forma simplificada, la noción de aplicación de Derecho aceptada por los teóricos. Como explicaba Ross, «la «aplicación» práctica [...] sólo puede significar que en las decisiones en que se dan por probados los hechos condicionantes de dicha regla, ésta forma parte esencial del razonamiento que funda la sentencia y que, por lo tanto, la regla en cuestión es uno de los factores decisivos que determinan la conclusión a que el tribunal arriba»². De este modo, es condición necesaria y suficiente de la aplicación de una norma que el juez base en ella su sentencia del

caso, es decir, que justifique en ella su decisión del caso en cuestión³. La aplicación del derecho supone, en todo caso, la individualización normativa del precepto jurídico por obra del órgano jurisdiccional; actuación que tiene normalmente su indispensable premisa en la interpretación, dado que la recta inteligencia de la norma garantiza también su recta aplicación al caso concreto⁴.

Entendido de este modo el acto de aplicación del Derecho, la pregunta surge de inmediato: ¿es función del Tribunal Constitucional individualizar la norma laboral a un supuesto de hecho concreto?, ¿puede ser la base de la sentencia constitucional la aplicación de una norma laboral?, en suma, ¿aplica el Derecho del Trabajo el Tribunal Constitu-

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ D. MENDOÇA, *Aplicación del derecho*, en E. GAZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (Ed.), *El derecho y la justicia*, 1996, p. 279.

² A. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 41.

³ E. BULYGIN, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, Doxa, 1991, nº 9, p. 247.

⁴ E. BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Edersa, 1975, pp. 100-101. «La aplicación del Derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para el caso individual determinado», Como señala J. J. MORESO, *Conflictos entre principios constitucionales*, en M. CARBONELL (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2002, p. 99.

cional? Si la premisa para dotar de respuesta al interrogante es, atendiendo al módulo de razonamiento con el que iniciábamos estas páginas, si cabe considerar verdadero el siguiente razonamiento: «una norma laboral N puede ser aplicada por el Tribunal Constitucional español en un caso individual I, si, y sólo si, esa norma sirve para la solución del caso I», la respuesta, no cabe duda, debe ser negativa.

No se produce, propiamente, aplicación de la legislación ordinaria y, por extensión, de la normativa laboral, cuando el enjuiciamiento que realiza el Tribunal Constitucional se efectúa, tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la cuestión de inconstitucionalidad, pues dicho control posee carácter abstracto y, en ellos, «el Tribunal aplica la Constitución a la ley, pero no aplica la ley que enjuicia»⁵. Toda inconstitucionalidad es reconducible a un conflicto normativo abstracto entre dos normas jurídicas: una de rango constitucional, que actúa como parámetro de control, y otra de rango legal, que constituye el objeto de control, siendo siempre la norma constitucional la que, como decimos, resulta propiamente aplicada. En el caso del recurso de inconstitucionalidad, la norma legal, recién promulgada y publicada, no ha sido objeto aún de aplicación, por lo general, y todos sus elementos (su contenido preceptivo y su ámbito de proyección) han de ser identificados por los recurrentes de un modo casi hipotético, como «propuestas» o «sugerencias» interpretativas. En el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se encuentra siempre ante un problema concreto de aplicación del Derecho, de aplicación de la ley y de la Constitución, si bien su enjuiciamiento debe ceñirse al examen de la

norma cuestionada a la luz de las reglas constitucionales⁶.

Tampoco existe, propiamente, aplicación del Derecho ordinario cuando la vía de acceso al Tribunal Constitucional es el recurso de amparo. No es función propia del Tribunal la aplicación de la normativa laboral a los casos sobre los que el mismo resulta competente, dado que su ámbito de actuación es la revisión de la interpretación y aplicación dada a preceptos constitucionales, concretamente a los que se ocupan de derechos fundamentales o libertades públicas⁷. Esa delimitación deja

⁶ Este Tribunal se ha pronunciado con reiteración sobre el significado específico y los correspondientes límites de admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, fundamentalmente en las SSTC 17/1981, de 1 de junio, y 26/1984, de 24 de febrero, sosteniendo la doctrina de que, si bien la finalidad primordial de la cuestión de inconstitucionalidad, al igual que la del recurso del mismo nombre, es la de asegurar que el legislador se mantiene dentro de los límites constitucionales, mediante la anulación de las normas legales que violen esos límites, la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución; pues la Ley únicamente puede ser modificada o derogada por los representantes de la voluntad popular, y la potestad conferida al Tribunal Constitucional para anular, sólo puede ser utilizada, en los supuestos y por los cauces constitucionalmente previstos, cuando existen razones muy graves y sólidas, como ocurre cuando un órgano constitucional o parte sustancial de él, afirma la existencia de esa infracción, o cuando un órgano judicial hubiera de verse en la situación de violar la Constitución porque, estando sometido al imperio de la Ley (art. 117.1 de la CE), carece de facultades para inaplicarla aunque la considere contraria a la Norma Fundamental (fundamentos jurídicos 1 y 4 de la Sentencia 17/1981 citada).

⁷ Como a título de ejemplo señalara la STC 151/1990, de 14 de septiembre, cuando afirmó tajantemente que «no nos corresponde examinar las conclusiones obtenidas en la vía judicial desde el plano de la legalidad, a salvo que por su interpretación resulte afectado el núcleo constitutivo de un derecho fundamental, como son los dos invocados, en cuyo caso tal operación hermenéutica adquiere relevancia constitucional en amparo».

⁵ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley en el derecho español*, en AA.VV., *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, CEC, 1995, p. 76-77.

fuera de sus funciones la interpretación o aplicación de las normas infraconstitucionales, entre ellas las laborales, sin que tampoco le corresponda resolver sus problemas de articulación o concurrencia. Dichas tareas corresponden al ámbito de la «legalidad ordinaria» y, por ello, también su conocimiento a la jurisdicción que, también desde este punto de vista, se viene conociendo como «jurisdicción ordinaria». Al Tribunal Constitucional no le corresponde cuidar de la adecuada aplicación e interpretación de las normas de rango inferior a la Constitución, ni tampoco controlar los eventuales incumplimientos de las mismas. Su función es preservar la Constitución, no normas inferiores. Los juicios de legalidad ordinaria, o, dicho de otra forma, las cuestiones que se ciñen a la legislación infraconstitucional, automáticamente quedan excluidas, en consecuencia, del círculo de competencias de la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, si cierto es que en términos propios, la tarea, del Tribunal Constitucional no se centra en la aplicación de la legislación ordinaria, en los últimos tiempos se viene planteando una fuerte controversia por lo que se han considerado como excesos jurisdiccionales del máximo intérprete constitucional. Se reprocha al Juez constitucional que haya dejado de ser sólo eso, constitucional, en el sentido kelseniano de mantener una exquisita separación de los hechos y de la aplicación del Derecho ordinario. Los aires críticos consideran que con su actuar se están invadiendo terrenos propios de la jurisdicción ordinaria hasta el punto de producir una auténtica invasión de sus competencias propias. Ciertamente que este debate pone en tela de juicio otros más profundos que afectan a la forma de entender y concebir las tareas de la propia jurisdicción constitucional (el debate sobre el neoconstitucionalismo es el ejemplo más significativo)⁸, a la vez que pone, una vez más

⁸ Son de gran interés las reflexiones que sobre esta cuestión pueden encontrarse en M. CARBONELL (Ed.),

sobre la mesa, el particular entendimiento de las relaciones entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, de esa peculiar «guerra de las Cortes»⁹ que parece no terminar de instaurar esa paz perpetua de la que hablaba Kant.

Con toda probabilidad el fundamento de tan conflictiva realidad se encuentra en el hecho de que el derecho ordinario se entrecruza hasta extremos inusitados con el derecho constitucional. Sin embargo, de forma paradójica, «legalidad y constitucionalidad resultan campos separables, no sólo conceptual sino también orgánicamente, en el sentido de que motivan un traslado de la competencia en jurisdicción de los órganos encargados de fijarla»¹⁰. Sin embargo, como el propio Tribunal Constitucional ha tenido que admitir¹¹, aunque el principio de separación exista, la interrelación es casi tan constante como la separación. Esta recíproca relación ha pro-

Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2002 y, también, M. CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007. En este último estudio es especialmente ilustrativo el debate mantenido con referencia a nuestro modelo constitucional entre L. PRIETO SANCHIS y J. A. GARCÍA AMADO en pp. 213 a 288.

⁹ En la expresiva acepción de R. SERRA CRISTÓBAL, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.

¹⁰ E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, p. 499.

¹¹ Es clásica la referencia en este punto a la STC 50/1984, de 5 de abril, a cuyo tenor: «la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir de la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le está encomendada».

ducido que hablemos tanto de la interpretación de la ley conforme a la Constitución como de la interpretación de la Constitución conforme a la Ley, que se afirme que el recurso de amparo termina haciendo del Tribunal constitucional un Tribunal de casación; más aún, un Tribunal de supercasación, en la medida en que revisa la propia interpretación del derecho efectuada por los tribunales de casación; que se llegue a confundir la interpretación constitucional con la de la legalidad ordinaria y que, en ocasiones también y por extensión, el juez constitucional pueda haber sido visto transformado en mero intérprete de la legalidad ordinaria.

Cierto es que el terreno en el que se sitúa el epicentro del conflicto es el recurso de amparo. Aunque el Tribunal Constitucional viene insistiendo en que esta fuera de su tarea la revisión del acierto en la aplicación de derecho por los jueces y que a él sólo corresponde valorar la adecuación de la misma a la Constitución, lo cierto es que la propia fisiología del recurso de amparo hace de él terreno apto para la duda. El amparo consiste en revisar la constitucionalidad de una decisión judicial, lo que exige en muchos casos revisar la interpretación de la ley efectuada por el órgano jurisdiccional. El propio Tribunal lo ha reconocido en su STC 123/1983, de 16 de diciembre, al afirmar que «no podrá ser ajena al enjuiciamiento que se haga en tal proceso (de amparo) la legalidad ordinaria, y no sólo desde el punto de vista de su constitucionalidad, función de incumbencia de este Tribunal, sino, además, desde el ángulo de su interpretación y aplicación» (FJ 1). Igualmente, en la STC 109/1987, de 29 de junio, tras afirmar que las resoluciones judiciales de inadmisión han de apoyarse en una causa legal que no sea contraria al contenido esencial del art.24 CE añade que «corresponde a la jurisdicción constitucional revisar si la decisión judicial (...) se adecua o no a las exigencias de aquél precepto constitucional, puesto que el TC se vería impedido de cumplir su función si no pudiese examinar, desde la perspectiva de los

derechos fundamentales, el juicio de legalidad que lleva a cabo el juez ordinario» (FJ 3).

Las anteriores afirmaciones tomadas de la jurisprudencia constitucional abren un importante debate sobre los límites de la jurisdicción constitucional. En su labor de garante de los derechos fundamentales y de la constitucionalidad de las leyes, resulta evidente que nuestro Tribunal Constitucional «no se limita a realizar una interpretación auténtica de los preceptos constitucionales, sino que en sus razonamientos jurídicos ha utilizado argumentos que suponen la interpretación de preceptos infraconstitucionales»¹². En unos casos para confirmar la decisión judicial, basándose precisamente en el uso correcto de una normativa legal no considerada contraria a la Constitución. Pero, en otros casos, ha fundamentado el desconocimiento del derecho fundamental precisamente en la aplicación incorrecta o limitativa de la regulación legal, o en la inconstitucionalidad de la misma. En estos casos, el Tribunal Constitucional está facultado para sustituir la interpretación que el Tribunal laboral haya hecho de la normativa constitucional y legal aplicable por una interpretación de la misma que tenga en cuenta adecuadamente el significado y alcance del derecho fundamental no entendido correctamente en su extensión y límites por el órgano judicial cuya decisión se anula.

En la medida en que «el amparo constitucional es, precisamente, por definición, amparo frente al juez»¹³, las técnicas e instrumentos empleados por el Tribunal Constitucional para controlar el alcance de la aplicación de la normativa laboral por los jueces y

¹² M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Prólogo*, a F. DURÁN LÓPEZ, *Jurisprudencia constitucional y Derecho del Trabajo*, Madrid, MTSS, 1992, p. 12.

¹³ P. CRUZ VILLALÓN, *El recurso de amparo constitucional: I. El juez y el legislador*, en AA. VV., *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Madrid, CEC, 1992, p. 117.

Tribunales ordinarios en la aplicación del Derecho ha resultado diversas. Para unos, son vías o brechas a través de las cuales se producen presuntas o reales invasiones del máximo garante de la Constitución en un territorio, *prima facie*, exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, para otros, técnicas interpretativas que sirven para construir una hermenéutica propia de la norma constitucional. Es, pues, desde esta segunda particular perspectiva desde la que habrá de desarrollarse nuestro estudio.

2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO POR LA JURISDICCIÓN LABORAL

2.1. La valoración de la ponderación realizada por los Tribunales ordinarios como instrumento de control por el Tribunal Constitucional

La jurisdicción ordinaria puede elegir entre todas las posibles interpretaciones constitucionales del derecho ordinario, disponiendo de un amplio margen para la valoración de las pruebas, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional se reserva una labor de control sobre dichas decisiones para hacer valer los derechos fundamentales; labor que, en todo caso, debe mostrarse deferente con los márgenes propios del juez ordinario. La técnica de control es la ponderación.

Mucho se ha escrito y debatido en los últimos años sobre el alcance y contenido de este método de aplicación del derecho¹⁴. La propia

¹⁴ Imprescindibles son en esta materia las reflexiones de L. PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, entre otras esenciales contribuciones. Para una primera aproximación desde la perspectiva laboral, nos permitimos remitir a I. GARCÍA-PERROTE y J. R. MERCADER UGUINA, *Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de conte-*

definición de qué deba de entenderse por «ponderación» plantea indudables problemas y nos remite a una «metáfora, una imagen en la que los elementos en conflicto son puestos en una «balanza» a fin de determinar cuál de ellos «pesa» más»¹⁵. Aplicando este símil al razonamiento jurídico, «lo que une a ambas formas es la supuesta capacidad del juzgador para determinar el pretendido peso específico de los derechos en conflicto empleando una imaginaria balanza»¹⁶. La realización de tal proceso impondrá la ponderación y balance de los intereses en juego, buscando hallar el «peso específico» de cada interés partiendo, no obstante, de la indubitada premisa de que el equilibrio alcanzado no se encuentra siempre (quizá nunca) en el término medio, puesto que los valores pueden no tener el mismo peso, de manera que el equilibrio se encontraría en un punto más próximo a un extremo que a otro; el equilibrio no consiste, pues, en que cada uno ceda «lo mismo»¹⁷.

La ponderación remite tanto a un *procedimiento* (forma o método de argumentar decisiones), como a un *resultado* que queda referido a la decisión adoptada, a si esta solución ha sido correctamente argumentada conforme a un cierto equilibrio de intereses que representa¹⁸. El Tribunal Constitucional

nido laboral. Un estudio introductorio, en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 249 a 272.

¹⁵ D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflicto constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 155. La idea común de la medición del peso que se encuentra en la raíz del razonamiento es la «metáfora» que le sirve de base: literalmente, decimos de cualesquiera dos objetos O1 y O2 que O1 pesa más que O2 si, puestos los objetos en platos opuestos de una balanza en el vacío, O1 baja y O2 sube; y decimos que O1 balancea a O2 si, en las condiciones apuntadas, O1 y O2 permanecen en equilibrio.

¹⁶ El ejemplo y la cita pertenecen a D. MENDONCA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 60.

¹⁷ M. ATIENZA, *Sobre lo razonable en Derecho*, REDC, 1989, nº 27, p. 97.

¹⁸ Sobre la ponderación como «medio» y como «resultado», vid., J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponde-*

requiere de los órganos jurisdiccionales no sólo que ponderen explícitamente, antes de adoptar su decisión, los ámbitos respectivos de los derechos fundamentales en tensión (ponderación como procedimiento), sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución valorando, en última instancia, la existencia y suficiencia de dicha ponderación por los Tribunales ordinarios (ponderación como resultado). Es a esta segunda dimensión a la que nos referimos; en ella, el control constitucional sobre la decisión infraconstitucional supone juzgar si la ponderación ha sido adecuada, esto es, si la misma respeta «la posición constitucional de los derechos en juego»¹⁹.

La ponderación antedicha es, en su esencia, «una operación de lógica jurídica»²⁰ estructurada por una serie de pautas o criterios jurisprudenciales que necesariamente deben presidir la argumentación judicial y que ha de ser completado con las particulares notas definitorias del específico caso enjuiciado. Como señalara la STC 104/1986, de 17 de julio, lo que se exige es una «casuística ponderación», esto es, la «comparación entre unos y otros bienes jurídicos, no en abstracto, sino en función de las circunstancias del caso»; de modo que el juicio ponderativo debe realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

El canon de control aplicable en estos casos consiste en imponer a los órganos judiciales como obligación constitucional que, al aplicar una norma, tengan necesariamente en cuenta el contenido constitucional de los derechos fundamentales que puedan estar en juego, impidiendo soluciones que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado

ración de bienes e intereses en el Derecho Administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 48.

¹⁹ Ejemplificativamente, SSTC 20/2002 de 28 de enero o 198/2004, de 15 de noviembre.

²⁰ STC 76/1995, de 22 de mayo.

de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales²¹. Ello supone, en primer lugar, que se vulnera el derecho constitucional cuando no se tiene ni siquiera en cuenta que los hechos pueden constituir manifestación del ejercicio de un derecho o cuando el examen sobre esta circunstancia se realiza pero careciendo de todo fundamento. Aun siendo numerosos los ejemplos en los que se encuentra presente la técnica de ponderación, hemos

²¹ La citada técnica queda precisamente definida en la STC 176/1995, de 11 de diciembre: «La ponderación antedicha es, en su esencia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3). En efecto, tal potestad comprende la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluso en su dimensión temporal, la interpretación y la subsunción en ella de los hechos, la determinación de éstos a través de la actividad probatoria, con la admisión y pertinencia de los medios propuestos y la libre valoración del acervo obtenido mediante los efectivamente utilizados. Si a lo dicho se añade la posibilidad de ejecutar lo juzgado, para hacer así efectiva la tutela judicial (art. 24.1 CE) queda claro, en un rápido esbozo, el perfil constitucional de la función judicial. Pues bien, esto que resulta inconcuso por haberlo dicho así, una y otra vez, este Tribunal, veda en efecto que actuemos aquí como una tercera instancia o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de nuestra propia perspectiva jurisdiccional (art. 123 CE).[...] En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva» del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle» (STC 171/1990). De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC)».

seleccionado los siguientes por la claridad del itinerario argumental utilizado por el Tribunal Constitucional.

Un primer ejemplo lo podríamos encontrar en la STC 213/2002, de 11 de noviembre. En la misma el recurrente en amparo había sido sancionado por la empresa para la que trabajaba y en la que ostentaba el cargo de delegado sindical, como consecuencia de la publicación de un artículo en la prensa en la que se recogían sus declaraciones sobre un informe del Jefe del Servicio Médico de la empresa relativo a las causas del incremento del absentismo. Tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia habían confirmado la sanción empresarial (según el recurrente, por transmitir, en el ejercicio de sus funciones sindicales, información veraz sobre un documento de la empresa que, ni tenía carácter de reservado, ni había sido obtenido irregularmente), por lo que denuncia el demandante la vulneración de las libertades de expresión, información y sindical.

La referida sentencia considera que corresponde al Tribunal Constitucional en tanto en cuanto «Tribunal de garantía o de tutela de derechos fundamentales, ponderar si, en el presente caso, el recurrente ejerció el derecho de información sindical dentro de su ámbito legítimo, constitucionalmente protegido, frente al poder disciplinario empresarial y si las restricciones establecidas por los órganos judiciales están constitucionalmente justificadas; o si, por el contrario –como apreciaron los órganos judiciales cuyas decisiones se impugnan– su conducta excedió los límites constitucionalmente admisibles». Definidos los términos de control «y aunque, en principio, tal ponderación deben hacerla los órganos judiciales». En estos casos, cuando de la infracción de derechos fundamentales sustantivos se trata, continúa el Tribunal, el control que debe realizar no se limita a examinar la razonabilidad de la motivación de las Sentencias objeto de impugnación, sino que alcanza a comprobar si «se ha realizado una ponderación adecuada que respete la correcta

definición y delimitación constitucional de los derechos fundamentales en juego y de las obligaciones que puedan modularlos». Dicho juicio debe realizarse «a la luz de las concretas circunstancias del caso», para lo que se hace necesario «traer a colación el específico contexto en el que los hechos objeto de enjuiciamiento se desarrollaron». Atendidas dichas circunstancias, «nos corresponde, por tanto, comprobar si su actuación fue legítima, o si, por el contrario, excedió los límites constitucionalmente admisibles, tal y como mantuvieron las resoluciones judiciales recurridas».

A tal fin, el Tribunal realizará el siguiente itinerario argumental: 1º) En primer lugar, el Tribunal procede a situar «el específico contexto en el que los hechos objeto de enjuiciamiento se desarrollaron» (FJ 5). 2º) Partiendo de que el recurrente fue sancionado en el ejercicio de su actividad sindical, nos corresponde, por tanto, comprobar si su actuación fue legítima, o si, por el contrario, excedió los límites constitucionalmente admisibles, tal y como mantuvieron las resoluciones judiciales recurridas. Por lo que la actuación debe someterse a los cánones propios de los derechos de información (art. 20.1.d CE) y de la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), es decir, de un lado, al requisito de la transmisión de información «veraz» y, de otra parte, a la exigencia de que la expresión de opiniones no se haya realizado a través de apelativos formalmente injuriosos e innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se lleva a cabo (FJ 6). 3º) El Tribunal Constitucional procede, en tercer término, a valorar si el comportamiento del representante sindical cumplió con el «límite adicional de la buena fe o de la especial confianza recíproca entre el trabajador y el empresario inherente al vínculo contractual» (FJ 7) valorando, para ello: la forma de obtención del documento (FJ 8), el contenido y carácter del documento que fue objeto de divulgación (FJ 9 y 10) y si se hizo una utilización abusiva y desviada de los fines del documento (FJ 11)

que habían sido los factores tenidos en cuenta por la sentencia de instancia y suplicación para la resolución del caso. 4º) Ponderados dichos factores, concluye el Tribunal que «la sanción disciplinaria que le fue impuesta por la empresa ha sido constitucionalmente ilegítima, y no habiéndolo reconocido ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas, procede estimar la demanda de amparo».

Un segundo ejemplo de control de la ponderación judicial podemos encontrarlo en la STC 80/2005, de 4 de abril. En la relación de hechos que ahora importa destacar, debe señalarse que la empresa afectada por el conflicto se dedicaba a la fabricación de grúas y material de elevación, por lo que su actividad en nada afectaba a servicios esenciales de la comunidad; además, la empresa decidió imponer de forma unilateral los servicios de mantenimiento y seguridad, una vez concluida sin éxito la negociación con la representación sindical. En su escrito de justificación, la empresa fundamentó los servicios mínimos impuestos a partir de un doble objetivo: por un lado, en poder garantizar el soporte mínimo para aquellos trabajadores que quisiesen ejercer su derecho al trabajo y, por otro, garantizar a su vez la actividad de la empresa tras la huelga. La decisión empresarial fue impugnada por los sindicatos convocantes de la huelga mediante demanda sobre tutela de la libertad sindical, al entender que la facultad empresarial sobrepasaba los límites que sobre dichos servicios mínimos de mantenimiento y seguridad autoriza el art. 6.7 RDLRT con la consiguiente lesión de su derecho de huelga. La demanda fue desestimada en la instancia, acogiendo en su integridad la postura empresarial, al mantenerse en su fundamentación jurídica que la postura sindical: «supone ignorar maliciosamente el derecho al trabajo de otros trabajadores que no secundaron la huelga, tan constitucional como el suyo a secundarla». Semejante argumento lo hace suyo el Tribunal Superior de Justicia que rechaza el recurso de suplicación, al mantener: «que los servicios de man-

tenimiento y seguridad no pueden estar orientados al aseguramiento de una normalidad productiva mínima, pero no es menos cierto que este concepto indeterminado no puede estar exento tampoco de una previsión mínima que permita el libre ejercicio del derecho al trabajo de quienes no participen en la huelga, dicho está con ello que la dimensión sobre proporcionalidad y adecuación de los servicios mínimos no puede contemplarse ante el resultado (exitoso o no) de la convocatoria».

El Tribunal Constitucional, después de valorar los factores de hecho concurrentes, considera que «ni el Juzgado ni el Tribunal Superior de Justicia ponderaron si los servicios mínimos designados por la empresa cumplían con el cometido de seguridad impuesto legalmente, o si, por el contrario, como los Sindicatos actores alegaban, suponían una extralimitación de las facultades empresariales que lesionaba el derecho de huelga reconocido constitucionalmente como fundamental en el art. 28.2 CE». En efecto, «los órganos judiciales consideraron que tal ponderación resultaba innecesaria, ya que, de un lado, entendían que el ejercicio del derecho a la huelga no podía paralizar toda la actividad empresarial, ni «ignorar maliciosamente» el derecho al trabajo de otros trabajadores; de otro lado, porque no se podía imputar a la empresa demandada una conducta dolosa o culpable conducente a perturbar el ejercicio del derecho de huelga. Con tales juicios, las resoluciones recurridas efectuaron una interpretación que lesiona el derecho fundamental invocado, porque supeditaron el ejercicio del derecho a la huelga (art. 28.2 CE), reconocido como fundamental por nuestra Constitución, a otros derechos que, aun cuando constitucionalmente tutelados, como los son el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38.1 CE), no tienen aquel rango ni su consiguiente protección» (FJ 5).

Finalmente, aunque los ejemplos son múltiples, conviene hacer referencia a la STC

125/2007, de 21 de mayo²². La misma fue dictada en un proceso planteado por un periodista del diario «El Mundo» frente a las resoluciones judiciales (de instancia y recurso) que le denegaron su derecho a formar parte de la tertulia «La mirada crítica», confirmando la decisión de la dirección del periódico para el que trabajaba como redactor jefe de noche. En su contrato con dicho periódico estaba pactada la exclusividad, con un complemento salarial ad hoc, pero participaba en la tertulia televisiva, al igual que otros compañeros que tenían suscritas las mismas cláusulas colaboraban con otros medios. A raíz de una huelga general, el actor comentó en la tertulia el comportamiento de su medio, que optó por salir a la calle en dicho contexto, si bien con protección policial. Dicha huelga tuvo lugar el día 20 de junio de 2002. La tertulia tiene lugar el 21 de junio siguiente. Y el día 22 la empresa periodística emite un comunicado por correo electrónico a toda su plantilla, que niega la posibilidad de que quienes trabajen para ella y perciban complemento de exclusividad puedan colaborar con otras empresas de comunicación. Tras diversas vicisitudes, el demandante de amparo ve denegada la autorización para participar en la tertulia, siendo el único de la plantilla que se encuentra en esta situación. Se aduce en amparo una lesión del derecho a la libertad de expresión en el ámbito de la relación laboral dimanante de un contrato de trabajo.

El Tribunal Constitucional valora si, como afirma el recurrente y apoya el Ministerio Fiscal, la resolución judicial impugnada para negar tal lesión constitucional se limitó a enjuiciar la cuestión litigiosa desde los estrictos términos de la cobertura legal de la decisión empresarial. La Sala recondujo el debate

²² Un clarificador comentario en A. MONTOYA MELGAR, *Pluriempleo pese al pacto de dedicación exclusiva y libertad de expresión*, en M. ALONSO OLEA, A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XXV*, Madrid, Civitas, 2008, pp. 255 a 260.

al análisis de la cobertura legal de la actuación empresarial, al considerar que lo que se cuestionaba era la exigencia del cumplimiento de un pacto de exclusividad libremente pactado por las partes y cuya exigencia no podía reprocharse a la empresa demandada por tener fundamento en el ejercicio regular de sus funciones directivas, sin realizar ponderación alguna del panorama indiciario que se había reconocido en la instancia.

Considera el Tribunal Constitucional que «con ese razonamiento», la Sentencia recurrida «obvió cualquier ponderación sobre la lesión del derecho constitucional del recurrente, sobre la base de que la cobertura legal de la actuación empresarial resultaba incompatible con la posibilidad de la lesión constitucional que el recurrente alegaba» (FJ 4). Le bastó, pues, para negar la lesión, «la existencia de un pacto de exclusividad y la percepción por el recurrente de un complemento por tal concepto, sin valorar que, conforme al relato fáctico, tales circunstancias no habían impedido al resto de la plantilla obtener la autorización que a él se le denegaba». Ciertamente, aunque otros trabajadores estaban sujetos al mismo pacto de exclusividad y cobraban por tal concepto la cantidad pactada, tales circunstancias no fueron óbice para que la demandada les autorizase a seguir participando en otros medios de comunicación. En definitiva, «con ello se comprueba que los argumentos ofrecidos en la resolución impugnada resultaban carentes de fundamento al no corresponderse con los presupuestos fácticos contenidos en el relato de hechos probados». A la vista de lo cual, «la Sala no ponderó, tal y como le correspondía, si existía, a la vista de los indicios aportados, una lesión constitucional encubierta tras la legalidad aparente del acto empresarial, sino que se limitó a justificar la conducta discutida en el ejercicio de las facultades organizativas y directivas del empleador, partiendo de la premisa de que tal ejercicio resulta incompatible con la producción de resultados inconstitucionales» (FJ 4).

El control de la ponderación de los órganos judiciales por el Tribunal Constitucional plantea ciertas dudas sobre los propios límites de la jurisdicción constitucional. Se ha dicho que el Tribunal Constitucional, al actuar controlando la valoración de los hechos efectuada por los tribunales ordinarios, se convierte en una superinstancia de revisión, lo que provoca tanto la desnaturalización del recurso de amparo como la quiebra de la seguridad jurídica de los fallos judiciales²³. Esta exigencia resulta tanto más importante si tenemos en cuenta los estrictos términos en que está redactado el art. 44.1 b) LOTC. Dicho precepto consagra el principio de intangibilidad de los hechos que dieron lugar al proceso de amparo, lo que significa que el Tribunal Constitucional tiene vedado el conocimiento, en sentido técnico-procesal, de los hechos que dieron lugar al proceso y le es obligado partir de los hechos declarados probados por las sentencias impugnadas. Tal declaración resulta coherente con la propia función de la jurisdicción constitucional cuyo control debe limitarse a reparar y preservar los derechos y libertades fundamentales que hayan podido ser vulnerados, e impide que pueda alegarse como motivo de amparo una cuestión fáctica ajena al recurso de amparo²⁴.

Únicamente al Tribunal Constitucional le cabe la posibilidad de una revisión de los hechos en algunos casos excepcionales que se encuentran dentro de su competencia propia y exclusiva. De entre ellos, no cabe duda de que el Tribunal Constitucional puede entrar a comprobar la realidad de los hechos cuando en el recurso de amparo lo que se alega es,

²³ Una profunda reflexión sobre esta cuestión puede verse en A. DE LA OLIVA SANTOS, *Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión*, A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales dos ensayos*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp.43 a 48.

²⁴ Extensamente, J.R. MERCADER UGUINA, M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *El recurso de amparo: un enfoque laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 118 a 124.

precisamente, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por error patente del órgano judicial (art. 24.1 CE). Es éste un control que, lógicamente, corresponde al Tribunal Constitucional cuando se cumplen los estrictos requisitos que dotan al error de relevancia constitucional, de entre los que debe aquí destacarse la exigencia de que el error sea «fáctico» y no jurídico, así como que ha de resultar inmediatamente verificable de las actuaciones judiciales.

Pero es, sin duda, en relación con la exigencia de ponderación que presenta el conflicto entre derechos y bienes constitucionalmente protegidos cuando la tarea del Tribunal Constitucional exige, precisamente, la valoración de los hechos desde un único prisma, el constitucional. En estos casos, el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de dilucidar si la ponderación judicial de los derechos en presencia ha sido realizada en la vía judicial de modo que se respete su correcta valoración y definición constitucional, para, de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la decisión judicial, o, en caso contrario, reputarla lesiva de uno y otro derecho fundamental, lo que resulta ineludible, por ejemplo, en los conflictos entre derechos fundamentales.

La cuestión que se plantea en estos casos es si tal método de ponderación entre derechos en litigio, hecha necesariamente sobre las circunstancias del caso concreto, «supone que el Tribunal Constitucional se aviene a enmendar precisamente lo que según su estatuto no puede enmendar, la valoración de los hechos llevada a cabo por los jueces ordinarios»²⁵. Aunque en línea teórica la revisión de la interpretación de la ley ha de hacerse con total independencia de los hechos que dieron lugar a la misma, «en la práctica esa abstrac-

²⁵ J. GARCÍA AMADO, *Derechos y pretextos. Elementos de crítica al neoconstitucionalismo*, en M. CARBONELL (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 253.

ción de hechos parece imposible, pues resulta ciertamente difícil evaluar la constitucionalidad de una decisión prescindiendo del conocimiento de los hechos o conductas que dieron lugar a ella». Pero «al conocer de los hechos que configuran el caso concreto, el juez constitucional, inevitablemente, tiende a establecer él mismo la óptima interpretación de la ley para el caso concreto»²⁶.

Pero, en estos casos, no se trata de revisar los hechos declarados probados por el Juez ordinario en cuanto a la existencia misma de tales hechos, de reconstruir los hechos efectuada en las resoluciones judiciales, sino de valorar la corrección constitucional de la ponderación realizada. Es preciso recordar que incluso en la casación que, paradigmáticamente huye de su consideración como tercera instancia, se admite una cierta integración de los elementos fácticos que se fundamenta en la necesaria premisa de la imposibilidad de dictar sentencia sin conocer la interrelación entre hecho y derecho²⁷. En el caso del Tribunal Constitucional, la técnica de ponderación constituye un preciso instrumento que permite considerar las circunstancias del caso litigioso para alcanzar la solución más adecuada atendidas las circunstancias concurrentes. El recurso a la ponderación busca asegurar la justicia material en un caso concreto, y, por lo tanto, los hechos y su interpretación son de la misma relevancia. En definitiva, la prohibición de conocer los hechos a que alude el art. 44.1.b) in fine LOTC lo que significa es que se debe partir de los hechos declarados probados por las resoluciones judiciales, pero que ello no excluye su valoración a los efectos de comprobar su adecuación constitucional pues tal adecuación constituye competencia exclusiva del Tribunal Constitu-

cional, es decir, la prohibición alude «a la atribución de competencia, pero no prohíbe el conocimiento en el sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar conveniente o incluso necesario para fundar la resolución»²⁸.

2.2. Ponderación y canon reforzado de motivación constitucional

El máximo intérprete de la Constitución no controla a través del recurso de amparo el «acierto» del juzgador. Como reiteradamente ha venido recordando en doctrina ya canónica, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE no comprende, en la dimensión de control que corresponde a la jurisdicción constitucional de amparo –que no es una tercera instancia revisora ni tampoco una instancia casacional– valorar «un imposible derecho al acierto del Juzgador», esto es, «constatar el grado de acierto de una determinada resolución judicial, ni indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función esta última que se atribuye en exclusiva a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), pues el recurso de amparo no es un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso»²⁹.

Como ha señalado Jiménez Campo, «[el] derecho a la tutela judicial efectiva [...], ha sido construido en la jurisprudencia constitucional de acuerdo con un modelo de deferencia o de respeto al juez ordinario que resulta, vista la disociación jurisdiccional, inevitable, pero que no debe confundir sobre su carácter instrumental. Acaso derechos como [el] citado deba ser «otra cosa» ante la jurisdicción ordinaria, precisamente porque en su garantía los tribunales no vienen ya obligados a observar la distancia deferente que, por imperati-

²⁶ M. GASCÓN ABELLÁN, *Los límites de la justicia constitucional: El Tribunal Constitucional entre la jurisdicción y la legislación*, en F. J. LAPORTA (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003, p. 172.

²⁷ S. GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho y el Derecho en la casación civil*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 420 a 423.

²⁸ STC 62/1982, de 25 de octubre.

²⁹ A título de ejemplo, SSTC 198/2000, de 24 de julio; 55/2003, de 24 de marzo.

vo institucional, mantiene el Tribunal Constitucional cuando controla actos u omisiones del Poder Judicial. En ámbito de la jurisdicción ordinaria, el distingo entre cuestiones de «constitucionalidad» y de «mera legalidad» pierde todo sentido»³⁰.

Sobre esa base de «deferencia constitucional», el test que el Tribunal Constitucional aplica al enjuiciar las vulneraciones de los derechos del art. 24.1 CE imputadas al Poder Judicial es, en esencia, el que se ha dado en llamar test de razonabilidad. Dicho test se encuentra integrado por cuatro criterios o cánones distintos, a saber: la congruencia o exigencia de respuesta a las pretensiones y causas de pedir; la motivación de la respuesta judicial; la razonabilidad; y la ausencia de error patente³¹. Se trata, pues, de un control meramente externo, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las resoluciones judiciales. Con este test el Tribunal Constitucional controla si la selección, interpretación y aplicación de las leyes llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria ha conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva.

El juicio de razonabilidad busca controlar desde la perspectiva constitucional no sólo la visibilidad de los juicios sino su «sensatez», esto es, la adecuación de dichos juicios a las condiciones públicas de aceptabilidad fijadas por una determinada comunidad axiológica. En este contexto, cobra una especial relevan-

³⁰ J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 91.

³¹ De modo que, como ha resumido el propio Tribunal Constitucional, «no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas» (STC 214/1999, de 29 de noviembre y 164/2002, de 17 de septiembre).

cia el control constitucional de la llamada «razonabilidad reforzada»³². Con esta terminología el TC hace referencia al caso en el que la infracción del art. 24.1 CE recae, a la vez, sobre otro derecho fundamental, un principio o un valor constitucional. Dicho de otro modo, el citado canon reforzado de motivación opera cuando el derecho a la tutela judicial efectiva incide de alguna manera en la libertad como valor superior del Ordenamiento jurídico, sin que, en cualquier caso, ello permita comprobar el grado de acierto de las resoluciones judiciales o indicar la interpretación que deba darse a la legalidad ordinaria. En todo caso, no es claro en qué consiste el «refuerzo» de la racionalidad que se exige en estos supuestos, pero, sin duda, puede concluirse que se está haciendo referencia «a que la racionalidad debe ser analizada desde el derecho fundamental afectado y no sólo desde la racionalidad de la ley que se aplica al caso»³³.

Como gráficamente ha recordado el Tribunal Constitucional, «las decisiones judiciales [...] deben estar especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial, con independencia de que la declaración de la lesión sea sólo una de las

³² Al respecto nos permitimos remitir a J. R. MERCADER UGUINA, *Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y «canon reforzado» de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional*, RMTAS, 2008, nº 73, pp. 127 a 146.

³³ E. BACIGALUPO ZAPATER, *Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal* (notas sobre la STC 63/2005), La Ley, 1 de junio de 2006, nº 6265.

hipótesis posibles³⁴. En suma, «en tales condiciones, lo que el art. 24.1 CE exige para entender que se ha dispensado una tutela suficiente y eficaz es, además de una resolución motivada y fundada en Derecho, una resolución coherente con el derecho fundamental que está en juego³⁵, que exprese o trasluzca «una argumentación axiológica que sea respetuosa» con su contenido³⁶».

El alcance del citado canon no resulta precisamente definido pero, en todo caso, la doctrina constitucional se ha ocupado de recordar que a tal canon reforzado debe exigirse «un plus de motivación que hace referencia a criterios de orden cualitativo y no cuantitativo³⁷, se trata, en suma, de un control material más exigente³⁸ al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no exterioricen o manifiesten de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas³⁹».

En suma, el canon de razonabilidad reforzada se convierte en un instrumento que debe ser empleado por el Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que la valoración de la decisión jurisdiccional, potencialmente contraria al art. 24.1 CE, requiera para su recto control de la ponderación de otros derechos fundamentales que hubieran sido utilizados o que debieran haberlo sido en la cons-

trucción argumental del pronunciamiento cuestionado. Se trata, por tanto, de un canon más riguroso en la motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental. El reforzamiento de dicho control se ha realizado exigiendo a los jueces y Tribunales un particular esfuerzo de motivación cuando quedan afectados derechos fundamentales (art. 15 y 28 CE); derechos y deberes ciudadanos, como es el caso del derecho al trabajo (art. 35.1 CE); o, incluso, principios rectores de la política social y económica.

Este modo de razonar ha sido duramente criticado. La doctrina no ha dudado en considerar que a través de esta técnica se produce una auténtica interpretación de la legalidad ordinaria, es decir, que a su través se produce una invasión del ámbito de competencias propio de la jurisdicción ordinaria y que, en suma, el Tribunal Constitucional se convierte en verdadero aplicador de la norma infraconstitucional olvidando su verdadera y propia función. Varios han sido los pronunciamientos en los que se han concentrado las críticas en esta materia.

El primer pronunciamiento en esta materia fue el resuelto por 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 despidió 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» (FJ 3), 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

³⁴ SSTC 10/2001, de 29 de enero; 203/2002, de 28 de octubre; 142/2004, de 13 de septiembre y 196/2005, de 18 de julio.

³⁵ SSTC 11/2004, de 9 de febrero; 63/2005, de 17 de marzo.

³⁶ STC 63/2005, de 17 de marzo.

³⁷ Por todas STC 196/2002, de 28 de octubre.

³⁸ STC 10/2001, de 29 de enero, STC 84/2001, de 26 de marzo.

³⁹ STC 292/2005, de 10 de noviembre, citando a su vez el ATC 412/2004, de 2 de noviembre.

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» (FJ 7).

Pese a que la referida sentencia obtuvo favorables comentarios por algún sector doctrinal⁴⁰, lo cierto es que, para otros, la misma suponía exceder la esfera de competencias que tiene atribuido el Tribunal Constitucio-

nal, por considerar que la misma juzgaba «una cuestión de estricta legalidad ordinaria y, por tanto, vedada a la revisión del Tribunal Constitucional» por considerarse que «no se trata de un supuesto de legítimo ejercicio de un derecho fundamental por parte de un trabajador, sino de la realización de una conducta (trabajar durante el período vacacional) que los órganos de la jurisdicción estiman como un supuesto vulnerador de la buena fe contractual». En el presente caso, se concluía, lo que el trabajador postula es la actuación del Tribunal Constitucional como si de una nueva instancia judicial se tratara, al proponer una distinta interpretación del art. 54.2 d) ET, precepto en el que se fundamentaron las decisiones impugnadas⁴¹. Igualmente, se afirmó que el Tribunal Constitucional entró con esta sentencia en «un tema de prototípica legalidad ordinaria», como es, el «del examen sobre la causa de despido (no vinculada a derechos fundamentales protegidos a través del recurso de amparo) se pasa a la fiscalización de la argumentación judicial de las sentencias que lo calificaron»⁴².

Pero la crítica afecta también al criterio hermenéutico empleado por el Tribunal Constitucional, pues se dice que el recurso al canon reforzado de motivación supone una suerte de «salto en el vacío», pues «del refuerzo en el plano de la afectación de los derechos fundamentales por la motivación insuficiente se ha pasado a un refuerzo en atención a principios constitucionales «difusos», como el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, o a meros derechos constitucionales (el derecho al trabajo del art. 35. 1 CE), o incluso a principios rectores (la

⁴⁰ Subrayando estas ideas, véase el comentario a la misma de A. BAYLOS GRAU, *Derecho al trabajo, despido y buena fe contractual: comentario a la STC 192/2003, de 27 de octubre*, RL, 2004, nº 1, pp. 673-684.

⁴¹ I. ALZAGA RUIZ, *Sobre el derecho al disfrute de vacaciones anuales retribuidas y la prestación de trabajo durante el mismo. Sentencia 192/2003, de 27 de octubre*, en M. ALONSO OLEA, A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Tomo XXI*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 357-358.

⁴² P. CHARRO BAENA y A. V. SEMPERE NAVARRO, *Libertad de trabajo durante las vacaciones*, Aranzadi Social. BIB 2003\1517, p. 6.

garantía del descanso a través de las vacaciones). La elasticidad del control es enorme. El TC ha echado sobre el recurso de amparo una pesada carga y abre además una zona de conflicto en un terreno muy inseguro: todo despedido puede afectar al art. 35.1 CE, los principios rectores cubren prácticamente la mayor parte de la acción normativa pública y las lesiones a la dignidad humana tienen un margen de afectación amplísimo y siempre expuesto a valoraciones muy variables en atención a factores emotivos o ideológicos⁴³.

Un segundo pronunciamiento que tampoco se ha encontrado exento de polémica ha sido la STC 3/2007, de 15 de enero, pronunciamiento que precedió a la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁴⁴. La misma estima el amparo de una cajera que realizaba su trabajo en turnos rotatorios de mañana y tarde y que pide reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de 6 años pero que le fue denegada por la empresa y por los órganos judiciales por entender que la petición no se ceñía a los límites legalmente establecidos habida cuenta de que la reducción solicitada debería estar comprendida dentro de la jornada ordinaria realizada y la solicitud tenía como objeto la reducción exclusiva del horario de mañana cuando, sin embargo, su jornada ordinaria comprendía turnos rotatorios de mañana y tarde. Tal posición fue recurrida por la trabajadora en amparo por entender que la interpretación

realizada constituye una discriminación indirecta por razón de sexo y, por restrictiva, igualmente de la tutela judicial efectiva.

En palabras de la STC 3/2007, la fundamentación que el órgano judicial hace de la expresión «dentro de su jornada ordinaria» utilizada por el apartado 6 del art. 37 LET que le lleva a concluir que la jornada reducida propuesta por la trabajadora no se ajustaba a los límites establecidos en el citado precepto, «al pretenderse el establecimiento de una jornada a desarrollar exclusivamente de lunes a miércoles y en horario de tarde, siendo así que la jornada ordinaria de la trabajadora se desarrollaba de lunes a sábados y en turnos rotativos de mañana y tarde», constituye una fundamentación que «prescinde de toda ponderación de las circunstancias concurrentes y de cualquier valoración de la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora, implícito en su ejercicio del derecho a la reducción de jornada por motivos familiares, pudiera tener la concreta opción planteada y, en su caso, las dificultades que ésta pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa para oponerse a la misma» (FJ 6). Y subraya que, «la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circuns-

⁴³ A. DESDENTADO BONETE, *El proceso social en la doctrina constitucional reciente (2003-2007)*. Unas reseña crítica, RMTAS, 2008, nº 73, p. 75.

⁴⁴ Para un estudio de la dimensión general de esta Ley, nos remitimos a J.R. MERCADER UGUINA, *Técnica legislativa y legislación transversal: reflexiones al hilo de la Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres*, en J. R. MERCADER UGUINA (Coord.), *Comentarios laborales a la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 15 a 50. Con similares contenidos, F. VALDÉS DAL-RE, *La calidad de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, AFDUAM, 2009, nº 13, pp. 127 a 144.

tancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego» (FJ 6). Por todo ello, «[l]a negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina» (FJ 6). El Tribunal Constitucional estima el amparo y falla «retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que por el órgano judicial se dicte, con plenitud de jurisdicción, nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido».

Es importante tener presente que el Juzgado de lo Social procedió a dictar nueva Sentencia, una vez devueltas las actuaciones y dicha sentencia fue, nuevamente, impugnada ante el Tribunal Constitucional en trámite de ejecución de sentencia ex art. 92 LOTC. A juicio de la recurrente, dicha Sentencia, además de poder considerarse inmotivada, arbitraria o irrazonable, en la medida en que demuestra una clara resistencia y cuestionamiento hacia la doctrina constitucional establecida en la STC 3/2007, vuelve a vulnerar el derecho a la no discriminación de la trabajadora, al efectuar una ponderación meramente aparente o formalista de las circunstancias concurrentes en la solicitud de reducción de jornada por guarda legal planteada, haciendo prevalecer el interés empresarial sobre el de la trabajadora. De dicho incidente conoció el ATC 1/2009, de 12 de enero que se opone a la forma en que el órgano judicial ha procedido a la ejecución de la sentencia pues se ha limitado a una ponderación meramente aparente o formal de los intereses en presencia sin tomar

en consideración la relevancia de las circunstancias concurrentes para la tutela del derecho fundamental de la trabajadora, desconociendo así el contenido de la STC 3/2007. El TC estima la solicitud, declara incorrectamente ejecutada su sentencia pero al no resultar posible el disfrute del derecho a la reducción de jornada al ser el hijo ya mayor de seis años, no retrotrae de nuevo las actuaciones para que se dicte una nueva sentencia limitándose a anularla⁴⁵.

La argumentación utilizada por la STC 3/2007 no se ha encontrado exenta de críticas. Así, se ha juzgado de «enrevesado» el recurso al canon reforzado de motivación y se ha avisado sobre los riesgos que puede poseer la incorporación a la tutela constitucional por vía del art. 14 CE del enjuiciamiento de toda la legislación sobre conciliación de la vida laboral y familiar, lo que se considera, constituye, «una operación interpretativa equivalente, pero acaso más tortuosa desde el punto de vista operativo, que la llevada a cabo en los años ochenta con toda la regulación de la libertad sindical a través de la teoría del contenido adicional de este derecho»⁴⁶.

Las críticas han alcanzado al uso del criterio de ponderación en el citado pronunciamiento y, por extensión, en los excesos e incertidumbre que puede acarrear el recurso al canon reforzado de motivación en cuanto que el mismo resulta un mero «cajón de sastre» en el que «entra todo y uno ya no sabe si se ponderan las circunstancias, se ponderan los derechos (¿existe un derecho al «funciona-

⁴⁵ A la sentencia acompaña un voto particular de Don Pablo Pérez Trepms que, por el contrario, considera que la sentencia dio cumplimiento a la TC 3/2007 pues el órgano judicial, acatando dicha resolución, procedió a valorar tanto las concretas circunstancias de la trabajadora y de su solicitud de reducción de jornada como las de la empresa.

⁴⁶ A. MARTÍN VALVERDE, *Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y de trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes*, RMTAS, 2008, nº 73, p. 41 y 46.

miento regular de la empresa») o qué». Y añade, «la teoría –y el TC cuando quiere, dice que lo que se pondera son los derechos, a la vista de las circunstancias, pero aquí ni siquiera se molesta en decirle a ese Juez, al que le ordena dictar nueva sentencia «ponderativa», cuáles son los derechos que tiene que ponderar en el caso. No, le dice que debe ponderar las circunstancias. ¿Qué circunstancias, por cierto? Son tantas las circunstancias posibles... Frente a la ley que, sumada a su interpretación, acota el alcance de los derechos, su apertura total en nombre de las circunstancias. Frente a la posibilidad de que los ciudadanos podamos saber de antemano qué derechos en concreto poseemos y bajo qué condiciones podemos ejercitarlos, la reconducción de todo saber y toda decisión a los jueces. Que nadie esté tranquilo al creer que tiene frente a otra parte un derecho que la ley claramente le otorga o que la jurisprudencia correctamente ha precisado en sus alcances: siempre pueden aparecer circunstancias que se lo den a la otra parte»⁴⁷.

Sin duda el juicio de ponderación presenta perfiles difíciles de controlar como puso de manifiesto el debate de fondo del ATC 1/2009. La exigencia de ponderación que exige el Tribunal Constitucional a la Sentencia del Juzgado de lo Social es, probablemente, excesiva. Si cierto es que el Juez de lo Social mostró una cierta resistencia o cuestionamiento respecto a la doctrina de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, lo cierto es que con plenitud de jurisdicción, interpretando el art. 37.6 LET, y haciendo una valoración probatoria que sólo compete realizar al órgano judicial, en esta nueva resolución se ha efectuado la ponderación ordenada en la STC 3/2007 por lo que «podría pensarse que el Tribunal invade en cierta medida la juris-

dicción ordinaria para enmendar una apreciación incorrecta del derecho fundamental»⁴⁸.

Pero, sin duda, ha sido la STC 92/2008, de 21 de julio, la que ha generado un más intenso y duro debate. La misma resuelve sobre la polémica cuestión de si el despido de una trabajadora embarazada debe considerarse nulo aunque el empresario no conozca el embarazo. En el caso, la demandante de amparo prestaba servicios como auxiliar administrativo y fue despedida mediante carta en la que se hacía constar la imposibilidad de mantener sus servicios por el encarecimiento de su nómina y por la innecesidad de su puesto de trabajo, desconociendo en el mismo acto del despido su improcedencia y ofreciendo la empresa a la trabajadora la indemnización legal correspondiente. En el momento del despido la trabajadora se encontraba embarazada. Solicitada la declaración del despido nulo por discriminatorio, la pretensión fue denegada en la jurisdicción ordinaria por no conocer el empresario el estado de embarazo, ratificándose la calificación de despido improcedente.

Al margen de otros razonamientos y a lo que aquí ahora interesa, el Tribunal Constitucional, recurriendo al criterio del canon reforzado de constitucionalidad para valorar la interpretación realizada por la jurisdicción ordinaria, procede a resaltar la parquedad del razonamiento de las resoluciones recurridas, a pesar de estar en juego la tutela del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, por cuanto en la sentencia de instancia sólo se expresa que «no quedó probado que la demandada tuviese conocimiento de la circunstancia del embarazo de la trabajadora, al no constar la fecha del embarazo ni, por tanto, si éste era o no patente,

⁴⁷ J. A. GARCÍA AMADO, *Derechos que se desbordan. Comentario a la STC 3/2007*. <http://garciamado.blogspot.com>.

⁴⁸ Como parece extraerse de la opinión de F. J. TRILLO PARRAGA, *La dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, RDS, 2009, nº 45, p. 154.

añadiendo a continuación que, aunque hubiese tenido conocimiento de ello, «lo que es lógico suponer», su cese en modo alguno habría obedecido a esta motivación, sino a razones puramente organizativas de la empresa», y la de suplicación, aunque aborda con mayor detalle la cuestión a través de la cita de una Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2004 que reconoce «no es exactamente igual al conocerse allí el embarazo», y realiza un análisis de la Directiva 92/85/CEE, para concluir que sólo puede considerarse mujer embarazada, a los efectos de la protección frente al despido, a aquélla que haya comunicado su estado al empresario, con arreglo a la legislación y/o prácticas nacionales. Dicha argumentación es la que el TC considera que no satisface las exigencias del «canon de motivación reforzado», pues no tiene en cuenta que la Directiva sólo establece disposiciones mínimas, superadas expresamente por la EM de la norma española de transposición, y que se dicta en materia de protección de seguridad y salud de la trabajadora embarazada (FJ 7).

Y el TC decide realizar la interpretación del art. 55.5.b) ET, considerando que todos los criterios de interpretación conducen a entender que no se exige el conocimiento del empresario para declarar la nulidad del despido no procedente efectuado durante el periodo de embarazo (FJ 8). Concluye el TC manifestando que «la garantía frente al despido del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas no exige necesariamente un sistema de tutela objetiva como el previsto por el legislador en la Ley 39/1999. Serían posibles, desde esta perspectiva, otros sistemas de protección igualmente respetuosos con el art. 14 CE como, en particular, el que estaba en vigor en el momento de la reforma legal. Sin embargo, una vez que el legislador ha optado por un desarrollo concreto del art. 14 CE, que incrementa las garantías precedentes conectándolas con una tutela también reforzada de otros derechos y bienes constitucio-

almente protegidos, no puede el órgano judicial efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas en vigor que prive al precepto legal de aquellas garantías establecidas por el legislador y con las que la trabajadora podía razonablemente entenderse amparada en su determinación personal, pues con ello se estaría impidiendo la efectividad del derecho fundamental de acuerdo con su contenido previamente definido (STC 229/2002, de 9 de diciembre). Tal decisión no satisface las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas y de efectividad del derecho fundamental que impone la afectación —particularmente intensa, en el presente caso— del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora y de los restantes derechos y bienes constitucionalmente relevantes implicados» (FJ 9).

Las críticas al citado pronunciamiento han sido ciertamente duras y han subrayado la injerencia en que incurre el Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria. Tal opinión coincide con la de los propios Magistrados del Tribunal Supremo, quienes han afirmado, en distintas circunstancias, que el citado pronunciamiento «invade» la competencia de formación de doctrina unificada que corresponde al Tribunal Supremo⁴⁹ y que, a través del criterio de control reforzado constitucional, se pasa «de un control procesal mínimo sobre los casos límite de falta de motivación o motivación arbitraria a un control máximo de carácter sustantivo, que amplía extraordinariamente los poderes del TC y que es difícil de justificar en términos de competencia, porque el TC no está aplicando el contenido constitucional del derecho fundamental, sino algo que aunque pueda tener alguna relación con la esfera práctica de ese derecho, ha añadido la ley, como podría haberlo añadido un regla-

⁴⁹ Voto particular que formula el Excmo Sr. D. Antonio Martín Valverde a la STS 16 de enero de 2009 (R^o 1758/2008).

mento o un convenio colectivo»⁵⁰. En suma, «si la interpretación dada por los Tribunales ordinarios, en especial el Tribunal Superior de Justicia, era conforme con las exigencias del art. 14 CE (FJ 4), [...] el TC se ha introducido directamente en la interpretación de la legalidad ordinaria»⁵¹.

Más acentuada es, en este caso, la crítica de García Amado, quien imputa a la resolución referida un voluntarismo que excede con mucho la propia función judicial⁵². Considera el citado autor que «lo que en este y algunos otros temas el Tribunal Constitucional viene haciendo no es jurisprudencia propiamente dicha, es decir, establecimiento de doctrina con propósito de universalización y presidida por una regla de no discriminar ni entre ciudadanos ni entre derechos, sino todo lo contrario: el TC hace política jurisprudencial, que es cosa distinta de lo que racionalmente puede entenderse por jurisprudencia». Para el citado autor, el canon reforzado de motiva-

ción supone, en última instancia, «imponer como suprema pauta interpretativa de la legalidad ordinaria en su aplicación por los jueces y en lo que afecte a derechos fundamentales, la de interpretación más favorable al derecho fundamental considerado. De esa manera, la tan cacareada libertad interpretativa de los jueces, su competencia suprema para la interpretación de las normas de la legislación infraconstitucional, queda en mera teoría y sometida siempre al control del TC, por mucho que dicho Tribunal niegue esa su supremacía interpretativa de la ley». Y la crítica se dirige, además, a la falta de seguridad en cuanto a los casos en los que la misma debe resultar de aplicación, dado que el TC «tiene recursos argumentativos y retóricos suficientes para hacer un uso perfectamente selectivo de dicha autoarrogada competencia interpretativa de la ley ordinaria, y ello por dos vías. Una, poniendo el énfasis en cada caso en el derecho fundamental que ha de ser maximizado en sus alcances mediante la interpretación de la norma legal respectiva, y dado que raro es el pleito en el que no pueden presentarse al menos dos derechos fundamentales jugando en sentido contrapuesto y en manos de cada una de las partes en el proceso. Dos, decidiendo el TC cuándo el método adecuado para resolver el asunto es la pura interpretación de la norma discutida y cuando conviene más recurrir al expediente de la ponderación. Cuándo al TC le parece que la interpretación llevada a cabo por la judicatura y que no conduce a la decisión que es del agrado del TC no está argumentada de modo difícilmente controvertible, opta por corregir directamente dicha interpretación, sorteando los problemas competenciales del modo que hemos visto y que bien conocemos. Cuando, por contra, la interpretación que los jueces han hecho no resulta en sí fácilmente atacable, el fallo se corrige presentándolo como resultado de una deficiente ponderación entre los derechos fundamentales y/o principios constitucionales concurrentes en el caso».

⁵⁰ A. DESDENTADO BONETE, *El despido de la embarazada y los límites de la justicia constitucional*, La Ley, 22 de octubre de 2008. También, K. SANTIAGO REDONDO, *El art. 24.1 CE. En particular, el canon reforzado de motivación cuando queda comprometido un derecho fundamental sustantivo*, RL, 2009, nº 11, p. 47 quien con cita de DESDENTADO señala que «tiene razón el autor citado en ese punto, de que por esa vía se amplía extraordinariamente el margen de actuación del Tribunal». Se une a las críticas también A. V. SEMPERE NAVARRO, *Protección objetiva de la embarazada frente a su despido*, Repertorio de Jurisprudencia, 2008, nº 14 [BIB 2008\1745] cuando señala que «el pie forzado con que el Tribunal Constitucional aborda el asunto (desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva) explica que sea especialmente duro en el enjuiciamiento de las sentencias dictadas por la jurisdicción social. Con franqueza: no se comparte la censura acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial en que incurrían por insuficiente motivación».

⁵¹ M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Garantías frente al despido de una trabajadora embarazada: Constitución, Juez y Legalidad ordinaria*, RDS, 2008, nº 43, p. 170.

⁵² J. A. GARCÍA AMADO, *El TC a sus anchas. Sobre la sentencia de 21 de julio de 2008 en el caso del despido de la embarazada que no había comunicado su estado a la empresa*. <http://garciamado.blogspot.com>.

Las críticas son duras y, ciertamente, fundadas. La opción de pasar de la interpretación de la ley como una actividad de conocimiento del juez, a una interpretación como aplicación de valores y principios constitucionales, determinados y concretados conforme a la Constitución, puede resultar sugerente pero entraña ciertos riesgos. La ponderación es una técnica sometida a límites y su indiscriminado uso puede producir un efecto perverso sobre la propia tarea del Tribunal Constitucional. En caso contrario, puede ser entendida meramente «como un traje vistoso con el que encubrir la desnuda arbitrariedad judicial». El riesgo está en la propia fisonomía de la técnica de ponderación: «una operación que se pretende controlable y ajustada a cánones» pero una operación que «en su parte esencial se efectúa sin red normativa, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué producirse un acuerdo intersubjetivo». Este territorio de frontera entre lo valorativo y lo discrecional, que es la ponderación, puede convertirse en un marco geográfico sólo limitado por la racionalidad, con el riesgo que ello implica.

La utilización de la técnica del canon reforzado en supuestos especialmente relevantes y con una especial proyección pública, puede dar lugar a respuestas simbólicas desde el punto de vista social pero puede contribuir a la desconfianza sobre las razones y fundamentos que llevan en cada caso a utilizar la referida técnica. Creo que en ciertas ocasiones el canon de motivación reforzada puede cumplir una innegable función de control de la actuación de los Tribunales ordinarios ayudando a reforzar el compromiso constitucional del juez ordinario, pero creo, también, que en ocasiones una sentencia fundada en Derecho no es sinónimo de una sentencia constitucionalmente fundada en Derecho.

Cierto es que no puede pensarse que a través de estas técnicas se está imponiendo a los Tribunales ordinarios la obligación de optar por la interpretación de la norma que sea más generosa con el derecho fundamental en jue-

go. El propio Tribunal Constitucional así lo ha considerado cuando ha afirmado que «una cosa es la garantía de los derechos fundamentales, tal y como nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad; esto último puede no ocurrir, sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental»⁵³. «En todo caso, es importante recordar, como lo hiciera la STC 287/1994, de 27 de octubre, que «ante dos interpretaciones divergentes, [...], relativas a una garantía creada por el legislador en su labor de configuración del derecho fundamental, la misión de este Tribunal no es la de inclinarse apriorísticamente por la que resulte más beneficiosa, sin más, para el titular del derecho fundamental, sino, más correctamente, la de constatar si la interpretación llevada a cabo por el Juez o Tribunal, en su función de tutela de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE) salvaguarda o no suficientemente, en su contenido sustancial o básico, dicha garantía legal».

La función del Tribunal Constitucional no debe, por todo ello, exclusivamente limitarse a efectuar un control de mínimos sobre los casos límite de motivación o de motivación arbitraria. Este debiera ser un terreno propio para la actuación del Tribunal Supremo, mientras que el Tribunal Constitucional debiera reservarse una función efectiva de máximo intérprete de la Constitución. Pues no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional no es el «único» intérprete de la Constitución, sólo el «supremo»⁵⁴. De este modo, tal

⁵³ Así, SSTC 77/2002, de 8 de abril; 172/2002, de 30 de septiembre; 211/2002, de 11 de noviembre; 19/2003, de 30 de enero; y 103/2003, de 2 de junio.

⁵⁴ F. RUBIO LLORENTE, M. ARAGÓN REYES, *La Jurisdicción Constitucional*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 1980, pp. 797 a 852.

y como confirmó la STC 1/1981, de 26 de enero, «el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 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». La capacidad de autolimitar o, si se prefiere por utilizar una expresión conocida del propio Tribunal⁵⁵, de autodeslindar sus respuestas y alcanzar un control de intensidad variable en sus intervenciones pudiera ser una buena respuesta a los citados problemas.

3. EL CONTENIDO ADICIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD SINDICAL COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Otro territorio de conflicto en los últimos años ha sido el relativo alcance del denominado «contenido adicional del derecho de libertad sindical», noción que ha sido vista como un instrumento que convierte al Tribunal Constitucional en intérprete de la legalidad ordinaria.

En numerosas ocasiones, el Tribunal Constitucional ha venido declarando que determinados derechos (especialmente, el de libertad sindical) integran, 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 conflic-

tos), 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 «derecho fundamental fuente»⁵⁶, 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 integra no sólo por 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 CE⁵⁷.

Como señalara el primero de los pronunciamientos en esta materia, la STC 39/1986, de 31 de marzo, el legislador tiene la posibilidad de adicionar contenidos no esenciales a su núcleo mínimo e indisponible lo que el citado pronunciamiento denominaba contenido esencial de la libertad sindical «más plena». 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

⁵⁶ J. GARCÍA TORRES, *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*, PJ, 1988, nº 10, p. 16.

⁵⁷ SSTC 39/1986, de 31 de marzo; 104/1986, de 17 de julio; 187/1986, de 15 de octubre; 9/1988, de 25 de enero; 51/1988, de 22 de marzo; 61/1989, de 3 de abril; 127/1989, de 13 de julio; 30/1992, de 18 de marzo; 173/1992, de 29 de octubre; 164/1993, de 18 de mayo; 1/1994, de 17 de enero; 263/1994, de 3 de octubre; 67/1995, de 9 de mayo; 188/1995, de 18 de diciembre; 95/1996, de 29 de mayo; 191/1998, de 29 de septiembre; 64/1999, de 26 de abril, entre otras.

⁵⁵ STC 151/1999, de 14 de septiembre.

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, 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». Así, además de los derechos reconocidos en leyes o reglamentos, engrosarán el contenido adicional del derecho fundamental los derechos o facilidades reconocidos en convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios, así como los que tengan su origen en una atribución unilateral del empresario, siempre que supongan mejoras de las previsiones legales o incorporación de nuevos derechos y los límites o condiciones impuestos para su ejercicio resulten objetivos, razonados y suficientemente justificados⁵⁸.

Estos derechos adicionales, en la medida que sobrepasan el contenido esencial que ha de ser garantizado a todos los sindicatos, son de creación infraconstitucional y «deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical»⁵⁹. 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 existan y no obedezcan a razones atendibles de protección de derechos e intere-

ses constitucionalmente previstos que el autor de la norma legal o reglamentaria ha podido tomar en consideración»⁶⁰. Doctrina loable desde la perspectiva de dar la máxima efectividad del derecho reforzando su régimen de garantías constitucionales, aunque pueda generar un notable margen de incertidumbre dada la variabilidad del ámbito material de conocimiento del Tribunal Constitucional en materia de lesión de la libertad sindical.

No obstante, el canon de control constitucional del contenido adicional del derecho de libertad sindical, como resumiera la STC 103/2004, de 2 de junio, con cita de la STC 145/1999, de 22 de julio, es el propio que corresponde al Tribunal Constitucional cuando se trata de fiscalizar la interpretación judicial de la legalidad ordinaria, de modo que su «función revisora debe limitarse a examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de las normas que considera aplicables»⁶¹. Este derecho de configuración legal ha de ejercerse en los términos legalmente previstos [art. 2.2 d) LOLS], y «no corresponde al Tribunal Constitucional determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo, «ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline a priori por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquél, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental»⁶².

Como ha señalado P. Cruz Villalón⁶³, cabría distinguir dos zonas en la estructura

⁵⁸ Entre otras, SSTC 241/2005, de 10 de octubre y 200/2006, de 3 de julio.

⁵⁹ Como han señalado, entre otras, las SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, 44/2004, de 23 de marzo y 281/2005, de 7 de noviembre.

⁶⁰ Como recordaron las SSTC 51/1988, de 22 de marzo, 30/1992; de 18 de marzo, 70/2000, de 13 de marzo.

⁶¹ Por todas, SSTC 272/1993, de 20 de septiembre, 125/2006, de 24 de abril.

⁶² Entre otras, las STC 18/2001, de 29 de enero, 103/2004, de 2 de junio.

⁶³ P. CRUZ VILLALÓN, *Derechos fundamentales y legislación*, en AA.VV., *Estudios de derecho público en home-*

de determinados derechos fundamentales: una resistente al legislador (la integrada por el contenido esencial) y otra vinculante sólo para los restantes poderes públicos (contenido adicional) que no podrían, en ningún caso, desconocerla. La posibilidad de acceso de tales derechos de creación legal al recurso de amparo ha sido entendida críticamente, al considerarse que la misma manifiesta «una defectuosa compresión espacial o topográfica de la garantía del contenido esencial y, por tanto, del sentido de la habilitación del legislador para regular derechos fundamentales». De esta forma, «la definición de un derecho como fundamental no es sino un modo de determinación del alcance de la jurisdicción de amparo». Así, se produciría una curiosa paradoja mediante la que «auténticos derechos fundamentales dotados de la garantía expresa del contenido esencial no serían tales por no estar en la sección primera, en tanto que derechos de creación legal, incluso reglamentaria, sí serían derechos fundamentales en cuanto integrados en el contenido adicional de un derecho de la sección primera»⁶⁴. En suma, como rotundamente ha concluido la doctrina constitucional, dicha posibilidad no deja de ser «enormemente perturbadora para toda pretensión de erigir una teoría mínimamente sólida acerca de la estructura de los derechos fundamentales»⁶⁵.

Las SSTs 14 de julio de 2006 (R° 5111/2004 y 196/2002), han venido a subrayar los citados desajustes y, por ende, a componer un

naje a Ignacio de Otto, Oviedo, Universidad, 1993, p. 419-420. Un excelente estudio en esta materia es el realizado por A. CARMONA CONTRERAS, *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva*, Madrid, Tecnos, 2000.

⁶⁴ P. CRUZ VILLALÓN, *Derechos fundamentales y legislación*, cit.,

⁶⁵ M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1996, p. 41, n. 41. Se suma a la crítica A. GÓMEZ MONTORO, *Asociación, Constitución, Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación*, Madrid, CEPC, 2004, p. 206.

posible territorio futuro de divergencia entre las tesis del Tribunal Supremo y del Constitucional⁶⁶. En la STS 14 de julio de 2006 (R° 5111/2004), procede a distinguir entre lo que llama el contenido constitucional del derecho y el contenido adicional del mismo. A tal efecto, la Sala efectúa dos importantes precisiones. En primer lugar, señala el citado pronunciamiento que «en realidad, el contenido esencial del derecho fundamental es, como ya se ha señalado, el límite que el art. 53.1 CE impone al legislador, que debe respetar ese contenido en su regulación del ejercicio de los derechos y libertades. Junto a él hay otro contenido que la doctrina científica concibe desde la perspectiva histórica o temporal de las sucesivas regulaciones posibles en el marco de un sistema político pluralista; el contenido esencial sería así lo que tiene que persistir en el cambio de las regulaciones como elemento que hace reconocible el derecho, mientras que el contenido histórico es el que, dentro del propio derecho constitucional, añade la Ley orgánica. Más allá de este contenido constitucional está el contenido adicional en sentido estricto, que es el que puede añadirse por otras normas infranconstitucionales que quedan fuera del ámbito de regulación del artículo 53.1 y 81.1 de la Constitución».

Sobre esta distinción continúa el Tribunal Supremo señalando que «rectamente entendida la doctrina constitucional, que desde luego nos vincula en cuanto interpreta los preceptos constitucionales (art. 5.1 LOPJ), no dice que todo incumplimiento del contenido adicional del derecho suponga una vulneración del art. 28 CE, sino que determinados incumplimientos de esas facultades adicionales pueden lesionar también la libertad sindical y, por ello, el Tribunal Constitucional aprecia su competencia para conocer de estos

⁶⁶ Al respecto, nos permitimos remitir al editorial publicado junto a I. GARCÍA-PERROTE, *El contenido adicional del derecho de libertad sindical: ¿Un territorio para la divergencia entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo?*, JL, 2006, nº 29, pp. 5 a 9.

incumplimientos en el recurso de amparo. Pero de ello no se sigue que toda denuncia de un incumplimiento de una norma adicional tenga que tener entrada en la modalidad procesal social de tutela de los derechos fundamentales. En primer lugar, porque, como ya se ha visto, no cualquier denuncia de la infracción de este tipo de facultades adicionales tiene relevancia en orden a la protección de la libertad sindical. En segundo lugar, porque no hay equivalencia entre el proceso social de tutela y el recurso de amparo. Este último es el único cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede proteger de forma concreta los derechos fundamentales y, sin duda, por ello ha optado dicho Tribunal por dar cabida en ese recurso a determinadas lesiones que ha considerado relevantes del contenido adicional que exceden de lo que aquí se ha denominado contenido constitucional del derecho. Pero, en el proceso social, la modalidad especial de los artículos 175 a 182 LPL no es la única vía de protección, por lo que se justifica que la Ley haya establecido un ámbito más estricto del objeto de esta modalidad ante los evidentes riesgos de masificación e inoperancia en otro caso. En este sentido es claro que al recurso de amparo llegan normalmente tanto controversias que se han sustanciado por el proceso de tutela, como otras que lo han sido a través del proceso ordinario o de otras modalidades».

La reconstrucción del concepto de contenido adicional realizada por el Tribunal Supremo supone una fuerte limitación de su alcance, dado que, según la propuesta del máximo intérprete de la legalidad ordinaria, la libertad sindical colectiva se encuentra integrada por: un contenido constitucional (integrado por el contenido esencial y el denominado histórico) y un contenido adicional, quedando este último fuera del preferente cauce procesal de control que es el proceso de tutela del derecho de libertad sindical.

Una proyección de la discutible dilatación que puede producir la doctrina del contenido adicional puede hallarse en la definición del

alcance del denominado principio de omni-equivalencia retributiva aplicado a los liberados sindicales. El Tribunal Constitucional ha tratado de evitar a lo largo de una extensa serie de sentencias que probablemente arrancan de la STC 40/1985, de 13 de marzo y llegan hasta nuestros días, que la condición de liberado sindical suponga un perjuicio para aquella persona que ejercita ese derecho. No obstante hay algún supuesto, concretamente la STC 92/2005, de 18 de abril, donde el Tribunal Constitucional parece haber ido un poco más lejos de lo razonable. Se trataba de un trabajador que desarrollaba su actividad en Melilla y que, por lo tanto, cobraba un plus por el desarrollo de esa tarea en ese lugar concreto y que es trasladado para desarrollar actividades sindicales por su sindicato a Murcia. El Tribunal Constitucional en una aplicación demasiado íntegra de su doctrina en relación con este caso, mantiene el cobro del complemento que venía recibiendo ese trabajador por realizar su actividad en Ceuta y Melilla aunque su trabajo se realiza en Murcia. Ciertamente el voto particular que acompaña al referido pronunciamiento precisa el alcance de dicha interpretación. Para ello, parte de que el canon de control que corresponde al Tribunal Constitucional en relación con el contenido adicional de la libertad sindical es el que le corresponde en relación con la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por los órganos judiciales (examinar el carácter motivado, razonable y no indebidamente restrictivo de las normas que considera aplicables). Sobre esta base, «el requisito de la efectiva residencia, obtenido de una interpretación razonada y razonable de la legalidad ordinaria que por ello no nos corresponde revisar, no se está aplicando específica y exclusivamente al demandante, con desconocimiento de su derecho a la garantía de indemnidad, sino que es consecuencia de la aplicación generalizada (como tal, extendida a todos los trabajadores) de la legalidad ordinaria por los órganos judiciales de manera respetuosa con el contenido del derecho a la libertad sindical».

También se mueve en un cierto exceso la doctrina sobre el uso de los sistemas informáticos por parte de los representantes de los trabajadores en la empresa. En este caso, el riesgo de ensanchamiento del contenido del derecho de libertad sindical ha ido más allá de lo constitucionalmente admisible, al ampliar la STC 281/2005 el propio contenido esencial del derecho en ausencia de una fuente infraconstitucional que sirviera de base a aquél. El resultado: el Tribunal Constitucional ha convertido un derecho de libertad en un derecho de prestación para el empresario. La crítica realizada por uno de los Magistrados en su voto particular es bastante elocuente: «no puedo compartir la construcción jurídica contenida en los fundamentos jurídicos 6 a 8 de nuestra Sentencia, que me parece que incurren en un voluntarismo carente de base normativa, al tiempo que en un constructivismo ordenancista que me parece impropio de la función jurisdiccional que nos incumbe».

A ello añade el referido voto particular tres argumentos contundentes: en primer lugar, que «el uso sindical de una determinada herramienta tecnológica de comunicación de propiedad de la empresa en modo alguno puede insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical, sino que en todo caso su única calificación posible será la de contenido adicional de esa libertad», que precisa para su existencia de una determinada base normativa o convencional». En segundo término, considera que es un «recurso dialéctico inaceptable acudir al contenido esencial, como fuente del pretendido derecho, para soslayar la carencia radical de otra fuente infraconstitucional de aquél». Y, en fin, «sólo sobre la base de la existencia previa de ese derecho puede limitarse el derecho de propiedad de la empresa en su facultad de disposición (art. 348 CC) sobre el uso del mecanismo tecnológico por ella establecido, y sólo sobre esa base sería aceptable la calificación como actos negativos impeditivos del derecho sindical de lo que, a mi juicio, es puramente un acto de disposición de la empresa sobre los medios

de su propiedad. [...]» Una cosa es el derecho sindical de información y otra el uso para ello de un determinado medio tecnológico ajeno a su propiedad, en suma, «la negativa de la empresa a que por el sindicato se use un instrumento tecnológico de propiedad de aquélla sólo puede afectar al derecho sindical si previamente se ha justificado sobre una base jurídica inequívoca el derecho del sindicato al uso de ese instrumento tecnológico, y creo que esa justificación, ineludible y básica, falta por completo en nuestra Sentencia».

4. SENTENCIAS ESTIMATORIAS DE AMPARO EN CONFLICTOS LABORALES Y REPARACIÓN DE LA LESIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A TRAVÉS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD RADICAL DEL ACTO LESIVO

Una última cuestión en la que se refleja el difícil equilibrio entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional que encuentra como telón de fondo lo laboral es la relativa a los efectos de las sentencias estimatorias de amparo cuando se produce vulneración de un derecho fundamental. Es evidente que la sentencia puede, lógicamente, denegar u otorgar el amparo solicitado (art. 53 LOTC), si bien la que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes (art. 55.1 LOTC): a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos (o, en otros términos la invalidación de los actos conculcadores de los derechos y libertades de los arts. 14 a 29 y 30.2 CE), con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos (art. 55.1.a) LOTC). b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado (art. 55.1.b) LOTC). c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad, con adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1.c) LOTC).

En el ámbito laboral varios son los pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional no se limita a la anulación de la Sentencia en la que se ha producido la vulneración del derecho fundamental sustantivo, sino que da un paso más y, colocándose en el lugar de la jurisdicción ordinaria, pasa a resolver directamente, al menos en parte, el conflicto *inter privatos* que ante la misma pendía, a través de la declaración de nulidad del despido o sanción realizado. La citada solución no deja de suscitar dudas pues en los conflictos de base laboral el objeto del amparo constitucional es la vulneración del órgano jurisdiccional ordinario, al no tutelar al lesionado por la vulneración del derecho fundamental por un sujeto privado.

Por ello, la respuesta del Tribunal Constitucional debiera limitarse a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas (o incluso de actuaciones anteriores a ella, y consecuentemente la de ésta, si la vulneración se hubiera producido en un momento procesal anterior), retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado Sentencia que declara la nulidad para que se pronuncie otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado y ello porque las medidas apropiadas para la conservación del derecho fundamental nunca pueden llegar al ejercicio de una potestad jurisdiccional que el art. 117.3 CE atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales que integran el poder judicial.

Este tipo de soluciones no constituye ninguna novedad en la jurisprudencia constitucional, sino que, por el contrario, se alinea en una práctica común. El recurso a esta particular forma de resolver el conflicto planteado cuenta con una larga tradición, proyectándose sobre supuestos en los que se encontraba en juego el derecho a la libertad de expresión e información⁶⁷, la tutela judicial efectiva en

su dimensión de garantía de indemnidad⁶⁸ o al propio derecho de libertad sindical aunque esta práctica parece haber desaparecido en los últimos años⁶⁹.

La citada solución no deja de estar exenta de críticas y supone un cierto exceso en la competencia que al Tribunal Constitucional corresponde, por cuanto el con tal tipo de fallos se autoatribuye una jurisdicción que «no nos corresponde, y en ejercicio de la misma lo que hace descender al plano del conflicto *inter privatos* objeto del proceso de despido o de sanción, para emitir la decisión que en dicho tipo de proceso regulan la legalidad ordinaria». Ejemplo de este tipo de decisiones

el derecho a la libertad de expresión y se declara la nulidad de las resoluciones judiciales y se resuelve restablecer al recurrente en su derecho fundamental, «declarando la nulidad del despido, con el efecto de la readmisión forzosas». En la misma dirección se mueven las STC 106/1996, de 12 de junio, 186/1996, de 25 de enero; 1/1998, de 12 de enero y 20/2002, de 28 de enero. En otras ocasiones, la medida reparadora alcanza un distinto efecto cuando de lo que se trata es de actuar sobre sanciones impuestas por el empresarios a los trabajadores a su servicio. Tal es el caso del supuesto contemplado en la STC 90/1999, de 26 de mayo, en relación con la sanción impuesta a un trabajador por la divulgación de informaciones respecto a la seguridad del transporte de fondos de una entidad bancaria. La reparación se cifra, en este caso, en la declaración de nulidad, a todos los efectos, de la sanción laboral impuesta.

⁶⁸ Ejemplo de este tipo de respuestas la encontramos en la STC 138/2006, de 8 de mayo, en la que se consideraron vulnerados los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE); se anulan los pronunciamientos judiciales y se declara la nulidad del despido. Solución que también se adopta en la STC 55/2004, de 19 de abril en la que se falla «restablecer al recurrente en su derecho fundamental mediante la declaración de la nulidad del despido, con los efectos legales procedentes»; o, en fin, en la STC 140/1999, de 22 de julio. En la misma línea se sitúan las SSTC 168/1999, de 27 de septiembre y 191/1999, de 25 de octubre.

⁶⁹ Ejemplos, pueden hallarse, sin embargo, en la STC 197/1990, de 29 de noviembre en la que se reconoce a la recurrente su derecho de libertad sindical y se declara radicalmente nulo el despido efectuado, o en la STC 114/1989, de 22 de junio.

⁶⁷ Buen ejemplo de este modo de actuar es la STC 57/1999, de 12 de abril. En ella se considera vulnerado

es la STC 198/2004, de 15 de noviembre, en la que se declara vulnerado el derecho de libertad sindical, en relación con los derechos de libre información y expresión, del recurrente [arts. 28.1 y 20.1.a) y d) CE] se resuelve que dado que la sanción de despido impuesta por la empresa resultó constitucionalmente ilegítima, y no habiéndolo reconocido ninguna de las resoluciones judiciales recurridas, «procede estimar la demanda de amparo, anular las citadas resoluciones judiciales y declarar la nulidad del despido».

Como señala el voto particular que acompaña al citado pronunciamiento: «con esa jurisprudencia se establece un continuum procesal entre el conflicto sometido al enjuiciamiento de la jurisdicción ordinaria y el proceso constitucional que se somete al de esta constitucional, con el resultado de convertir de hecho (aunque no se diga así, ni siquiera se reconozca) en una instancia final en el enjuiciamiento de ese conflicto». En su criterio en el caso de conflictos inter privados existe una diferencia de objeto entre el sometido al enjuiciamiento de la jurisdicción ordinaria y el que corresponde a esta constitucional, diferencia que rompe la continuidad entre uno y otro. La jurisdicción constitucional no enjuicia el conflicto *inter privados* como si actuase en él como una instancia final, sino que lo que hace es enjuiciar la vulneración producida en la resolución de aquel conflicto por la jurisdicción ordinaria, existiendo una discontinuidad conceptual entre los objetos de cada enjuiciamiento. Al respecto debe advertirse que el recurso de amparo no se da contra actos de sujetos privados, sino contra actos de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC); y entre las violaciones susceptibles de amparo están las producidas por actos u omisiones del poder judicial (art. 44 LOTC), siempre «que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial». Considera, igualmente, el citado voto que «no cabe entender que la LOTC nos habilite para la extensión que critico de nuestra jurisdic-

ción sobre la base de lo dispuesto en el art. 55.1 c) («restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación»), que es la única base legal discernible, se exprese o no, en la que, explícita o implícitamente se apoya la jurisprudencia que critico; pues dicho precepto orgánico no puede sobreponerse a los límites directamente establecidos en la Constitución, al diseñar los ámbitos respectivos de la jurisdicción ordinaria y la constitucional».

Si las anteriores soluciones resultan discutibles, tanto más lo es la citada respuesta cuando se encuentra en juego únicamente el art. 24 CE. El ejemplo de la citada STC 92/2008, de 21 de julio nos debe llevar a la reflexión. En esta sentencia, tras otorgar el amparo, reconocer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la trabajadora embarazada, anular las sentencias de instancia y de suplicación, el Tribunal declara la nulidad del despido. La solución resulta cuestionable máxime cuando el motivo de amparo no fue el de la existencia de discriminación por razón de sexo sino el del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. No sorprende por ello que se haya señalado categóricamente que con «la interpretación desplegada en torno al art. 55.5 ET, [...], el Tribunal Constitucional se está inmiscuyendo en cuestiones de legalidad ordinaria, invadiendo el ámbito funcional que corresponde en su máxima expresión al Tribunal Supremo»⁷⁰. No deja de sorprender esta opción máxime si tendemos en cuenta que sentencias próximas en su lógica estructural como lo fue la STC 192/2003. En este caso, el fallo fue la declaración de la vulneración del art. 24.1 CE, la anulación del pronunciamiento impug-

⁷⁰ J. GIL PLANA, *Derecho a obtener una resolución fundada en Derecho: despido de una trabajadora embarazada*, Sentencia 92/2008, de 21 de julio, en M. ALONSO OLEA, A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XXVI, Madrid, Civitas, 2009, p. 154.

nado y la retroacción de las actuaciones para que se dictase nueva resolución con pleno respeto al derecho fundamental reconocido.

Sirvan para concluir el presente estudio las certeras reflexiones finales que realiza M. Ahumada Ruiz en su excelente estudio *La jurisdicción constitucional en Europa*⁷¹ y que comparto plenamente: «Quizá la tendencia apreciada en los tribunales constitucionales a convertirse en jueces de jueces, y a colocarse en la posición de un Tribunal Supremo, tenga que ver, no con el interés de estos tribunales por «cuestiones de legalidad», como a veces se

les reprocha, sino con el interés por controlar la actividad de los jueces ordinarios ejerciendo la *judicial review* mientras deciden litigios y, en particular, con la pretensión de asegurarse la «última palabra» en materia de interpretación de la Constitución. El resultado es la imagen un tanto chocante de un Tribunal Constitucional dirigiendo instrucciones a los jueces ordinarios acerca de cómo decidir los casos de los que conocen de acuerdo con la Constitución, cómo ejercer la *judicial review*. Algo, para decirlo todo, que se aleja bastante de la idea originaria del Tribunal Constitucional como juez de normas y no de casos».

⁷¹ Madrid, Civitas, 2005, p. 312.

RESUMEN La fuerte polémica que han generado algunos recientes pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en materia laboral y que han servido para tachar de invasora su doctrina en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, nos invita a introducirnos críticamente en el análisis de las distintas técnicas e instrumentos de control que vienen siendo utilizados por el más alto intérprete de la Constitución para valorar las respuestas de la jurisdicción ordinaria a los principios y valores constitucionales.

De este modo, se analiza la función de la ponderación como instrumento que requiere, por la doctrina constitucional de los órganos jurisdiccionales no sólo que ponderen explícitamente, antes de adoptar su decisión, los ámbitos respectivos de los derechos fundamentales en tensión (ponderación como procedimiento), sino que dicha ponderación se acomode, como exigencia ya sustantiva, a la propia configuración de tales derechos en la Constitución. Se estudia, también, la función del denominado «canon reforzado» o de «razonabilidad reforzada». El alcance del citado canon no resulta precisamente definido pero, en todo caso, la doctrina constitucional se ha ocupado de recordar que a tal canon reforzado debe exigirse «un plus de motivación que hace referencia a criterios de orden cualitativo y no cuantitativo; se trata, en suma, de un control material más exigente que el de la mera ponderación al ser perfectamente posible que existan resoluciones judiciales que satisfagan las exigencias del meritado art. 24.1 CE, pues expresen las razones de hecho y de derecho que fundamenten la medida acordada, pero que, desde la perspectiva del libre ejercicio de los derechos fundamentales, no exterioricen o manifiesten de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas.

Objeto de valoración es también el denominado «contenido adicional» del derecho de libertad sindical. Esta polémica institución viene a dilatar el contenido esencial del citado derecho incorporando a la tutela constitucional en amparo aquellos otros derechos reconocidos en leyes o reglamentos, convenios colectivos, así como los que tengan su origen en una atribución unilateral del empresario. Doctrina loable desde la perspectiva de dar la máxima efectividad al derecho reforzando su régimen de garantías constitucionales, pero que, como ha señalado la doctrina, hace que cuestiones de legalidad ordinaria invadan el amparo constitucional oscureciendo las esferas de competencia de la jurisdicción constitucional y ordinaria.

El estudio se cierra con el análisis de los problemas que plantean las sentencias estimatorias de amparo en conflictos laborales y, en particular, la reparación de la lesión del derecho fundamental a través de la declaración de nulidad del despido o sanción que sirven de base al pronunciamiento.

ABSTRACT The strong controversy caused by some recent labour related rulings of our Constitutional Court, whose doctrine has been branded as invasive in the field of ordinary jurisdiction, leads the way to a critical analysis of the different control techniques and instruments that have been used by the highest interpreter of the Constitution to value the responses given by ordinary jurisdiction to constitutional values and principles.

So, the weighting function is analysed as an instrument that is required by the constitutional doctrine of the jurisdictional courts not only to ponder explicitly before ruling the respective scope of the fundamental rights in conflict (weighting as a procedure), but also to adapt, as a substantive must, to the configuration of those rights within the Constitution. Besides, this paper studies the function of the so-called «reinforced canon» or «reinforced reasonability». The scope of the aforementioned canon is not precisely defined but, in any case, the constitutional doctrine has reminded that «extra motivation referring to criteria of a qualitative, and not quantitative order» must be demanded from such reinforced canon. In brief, a material control more demanding than mere weighting, because judicial rulings that meet the demands or the merited article EC 24.1 are perfectly likely to exist, as they express matter of law facts on which the agreed measure is based, but, from the perspective of a free exercise of fundamental rights, those judicial rulings neither show nor reveal in a proper constitutional way the justifying reasons behind the adopted decisions.

This paper also values the so-called «additional content» of the right to freedom of association. This controversial institution expands the essential content of the mentioned right adding to the constitutional remedy and protection those other rights recognised by acts, regulations or collective agreements, as well as rights whose origin derives from an employer's unilateral power. This is a praiseworthy doctrine from the perspective of conferring the maximum effectiveness to the right by reinforcing its constitutional guarantees regime, but, as the doctrine has pointed out, it makes ordinary legality issues invade constitutional protection, thereby blurring the competency spheres of constitutional and ordinary jurisdiction.

This paper is completed with the analysis of the problems posed by favourable rulings of protection in labour conflicts and, in particular, the redress of the damage caused to the fundamental right through the nullity of the dismissal or a sanction on which the ruling is based.

La aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales laborales

MANUEL FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA*

1. INTRODUCCIÓN

La palabra «aplicación» tiene su origen en el término latino *applicare* que puede ser traducido por «arrimar». De aquí que en el Diccionario de la RAE se define el término «aplicar» como la acción de «poner una cosa sobre otra o en contacto con otra». Aplicar el Derecho será por lo tanto «arrimar», poner en contacto, la norma con el hecho. Y así, por aplicación del Derecho entendemos «el conjunto o serie de actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad social a los dictados de las normas jurídicas»¹.

* Doctor en Derecho. Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid.

¹ L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, p. 173. La aplicación del Derecho lleva implícita una labor interpretativa. En esta línea R. GUASTINI, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Ed. Trotta, Madrid 2008, pp. 29 y 30: «Con el vocablo 'interpretación' se suele hacer referencia a la atribución de significado a un texto normativo, o bien la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto (calificación que da fundamento para la solución de una controversia específica). Si bien lo segundo presupone lógicamente lo primero, se trata de dos actividades intelectuales diferentes».

La aplicación es la realización del Derecho, pues «el Derecho existe para realizarse» (Ihering)².

Aunque la hermenéutica clásica distingue entre comprensión –*subtilitas intelligendi*–, interpretación –*subtilitas explicandi*– y aplicación –*subtilitas applicandi*–, lo cierto es que las tres fases analíticamente distinguibles constituyen un todo en la práctica. Son tres momentos indisolubles en el acceso a un texto³.

² F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Ed. Civitas, Madrid 1984, p. 485: «Las leyes se dictan por hombres y para los hombres; y hombres son los que han de convertirlas, a ellas y a todas las normas jurídicas, en realidad jurídica eficaz. Las disposiciones legales se han de redactar del modo más preciso, claro y adecuado al fin. Después hay que hacerlas cumplir».

³ A. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid 1992, pp. 51 y 52. No debe olvidarse que nuestra tradición jurídica es esencialmente escrita lo que condiciona nuestra metodología jurídica. En este sentido es muy interesante destacar que como señala J. D. G. DUNN, *Redescubrir a Jesús de Nazaret –lo que una investigación sobre el Jesús histórico ha olvidado–*, Ed. Sígueme, Salamanca 2005, pp.47 y 48: «Gutenberg y Caxton provocaron una revolución en la perspectiva humana de la Europa del siglo XVI mucho más impor-

Las personas que tienen como profesión la aplicación del Derecho son los juristas⁴. La importancia de los juristas en la configuración de Occidente ha sido y es esencial⁵, pues aunque estaban «dispuestos a defender y reforzar la posición del monarca [léase en la actualidad

tante en sus consecuencias que la revolución asociada a los nombres de Galileo y Copérnico. Durante dos siglos se había desarrollado una mentalidad literaria configurada por el supuesto, la premisa dada por descontada, de que el texto escrito es la única manera en que pueden conservarse y transmitirse las palabras importantes... Consecuentemente, en Occidente dimos por descontado que la base de una sólida educación era la capacidad de leer y escribir. Y cuando hoy en día reflexionamos sobre la enseñanza y el aprendizaje en el pasado, lo hacemos en términos de libros y ensayos eruditos. La biblioteca es el habitat natural del historiador. En una palabra, todos somos hijos de Gutenberg. Nuestra forma de conceputar la transmisión fiel de la información está determinada por el paradigma literario. Todo esto significa que tenemos una idea muy ligera, si es que tenemos alguna, de lo que habría conllevado vivir en una cultura oral».

⁴ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil...*, opus cit., p. 485: «Es preciso, en la sociedad organizada, que existan unos hombres encargados de la misión de preparar la redacción de las leyes y, sobre todo, de colaborar con el legislador en la tarea de defender a la Justicia y a la Ley de los ataques continuados que, abierta o fraudulentamente, sufre. Estos son los juristas...».

⁵ O. BRUNNER, *Estructura interna de Occidente*, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1991, p. 112. A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana*. Ed. Comares, 1998, p. 12: «En la historia de la civilización occidental, el sector profesional de los juristas no se sitúa en el centro del poder político, pero éste no ha podido nunca prescindir de su presencia; ciertamente, la Jurisprudencia no constituye un elemento indispensable en el funcionamiento de la organización social, pero la verdad es que desde que el orden jurídico comenzó a conocer en la cultura política occidental la gestión del derecho por parte de los juristas, éstos se convirtieron en elemento estructural de la misma. Sin su presencia, en el modelo de ordenación de la sociedad representado por el constitucionalismo democrático no hubiera sido posible; la cultura jurídica europea se encuentra, por tanto, genéticamente vinculada a la tradición romanística, y disociada, en cambio, de la concepción del derecho y de la propia ordenación de la sociedad que ofrece la cultura política griega».

del poder], los juristas no solían pasar por encima del Derecho que les estaba encomendado»⁶. Su labor viene siendo la de racionalizar el ejercicio del poder sometiéndolo a los límites establecidos por la tradición jurídica. Ahora bien, sin negar la importancia de los juristas que actúan como consejeros del legislador o de los que elaboran los convenios colectivos, abogados o graduados sociales en el ámbito laboral, asesores de empresas o sindicatos, profesores universitarios, etc.; como señala Montoya, hay unos órganos públicos establecidos precisamente con el fin de aplicar el Derecho: los órganos administrativos y los órganos judiciales⁷; los últimos, en palabras de Guastini, los interpretes «privilegiados»⁸. Nosotros centraremos nuestro análisis en los citados en último lugar y, más en concreto, exponremos las pautas y el modelo de actuación que sigue la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su función de aplicación del Derecho laboral a los casos que enjuicia.

2. UN NUEVO MODELO DE APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO: EL JUEZ COMO COLABORADOR EN EL DESARROLLO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

La forma de aplicación judicial del Derecho viene determinada, entre otras, por la

⁶ O. BRUNNER, *Estructura interna...*, opus cit., p. 113.

⁷ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid 2008, p. 237: «Aunque los destinatarios de la norma laboral –trabajadores y empresarios sustancialmente– son también y necesariamente sus aplicadores, la función aplicativa del Derecho del trabajo se asigna, de modo especializado, a unos órganos públicos instituidos con el fin de declarar el Derecho en cada caso concreto. Estos órganos a los que se atribuye la potestad de aplicar el Derecho, ‘en forma autoritaria’, pertenecen a la doble categoría: órganos judiciales, de un lado, y órganos administrativos de otro».

⁸ R. GUASTINI, *Teoría, e ideología...*, opus cit., p. 43 utiliza el término de intérprete «privilegiado» para hacer referencia a «los sujetos cuya interpretación es ‘auténtica’ en sentido kelseniano, o sea la que produce efectos jurídicos». La interpretación auténtica es llamada por otros «interpretación orgánica» (O. PFERSMANN).

idea de cual debe ser el contenido de la función judicial⁹. Ciertamente debemos de tener por superada la visión de la aplicación judicial del Derecho como mera «subsunción»¹⁰. Esta construcción resumida en la célebre frase de Montesquieu conforme a la cual el Juez debía ser la simple *bouche de la loi* debe ser abandonada, no sólo porque obedece a una concepción metodológica que no es real¹¹, sino también porque los presupuestos ideológicos en los que se basaba han cambiado.

En efecto, la ley siempre ha constado de dos elementos: *ratio* y *voluntas*¹². La identificación de ambos sosteniendo que lo que establece la voluntad del legislador es necesariamente racional, cualquiera que se el contenido de la norma, no es más que un «residuo de absolutismo»¹³, de «absolutismo legislativo»¹⁴; de sustituir el *rule o law* por el *rule of*

*legislators*¹⁵. Incluso en una época de absoluto resplandor de la ley, como lo fue la Revolución Francesa, se sostuvo la idea de que el mandato contenido en la ley debía ser racional y que esta condición se encontraba implícita en la misma¹⁶. Pues bien, con base en una mal entendida «voluntad general»¹⁷ y dada la ausencia de un mecanismo jurídico que corrigiese los excesos del legislador, se fue produciendo dentro de la propia Revolución una identificación entre lo decidido por el legislador y lo justo o racional¹⁸, entre *ratio* y *volun-*

aplicación del Derecho, Ed. Dykinson SL, Madrid, p. 28. El autor también utiliza las expresiones de «legalismo o legicentrismo».

¹⁵ G. SARTORI, *¿Qué es la democracia...*, *opus cit.*, pp. 202.

¹⁶ Así la Constitución de 1791 declaraba que «el Poder legislativo no podrá hacer ningún genero de leyes que supongan atentados y planteen obstáculos al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título, y garantizados por la Constitución»; la de 1793 que «la ley no puede ordenar más que lo que es justo y útil a la sociedad y prohibir más que lo que es perjudicial»; y la de 1795 que «ninguno de los poderes instituidos por la Constitución tiene derecho a cambiarla en su conjunto ni en ninguna de sus partes, salvo las reformas que pudieran realizarse por la vía de la revisión, conforme a las disposiciones del Título XIII» de la Constitución.

¹⁷ R. L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución*, Ed. Alianza Editorial, Madrid 1994, p. 216 y sigs. señala que «las ideas conformadoras de la filosofía política rousseauiana» fueron transformadas «incluso podría decirse, en cierto sentido, traicionándola». Es fundamental, por su claridad, la lectura de G. SARTORI, *¿Qué es la democracia...*, *opus cit.*, p. 188 y siguientes donde se expone con rigor la errónea interpretación a que fue sometida la doctrina de la «voluntad general». Sobre la compleja personalidad de J. J. ROUSSEAU sigue siendo de referencia la obra de B. GROETHUYSEN, J. J. Rousseau, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1985.

¹⁸ R. L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la...*, *opus cit.*, pp. 221 y 222: Esa sustancial identificación entre *ley* y *voluntad general* iba a ser determinante, a la postre, del que podría entenderse como fundamental elemento caracterizador del concepto de ley acuñado por los revolucionarios; su carácter básicamente formal. Lejos de definirse por sus contenidos... la esencia normativa de la ley viene determinada por su procedencia orgánica...». En expresión de M. FIEROVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Ed. Trotta, Madrid 1996, p. 73, el legislador es «necesariamente justo».

⁹ Precisamente por esta razón no pueden ser exactamente iguales las técnicas de aplicación seguidas por el Tribunal Constitucional que las seguidas por la jurisdicción ordinaria.

¹⁰ Para esta concepción, como señala L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ed. Ariel Barcelona 2008, p. 221, el Juez «sume o subsume el caso concreto que ha sido planteado en el supuesto de hecho de una norma jurídica».

¹¹ Resumidamente señala L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas...*, *opus cit.*, p. 221, que «la doctrina más reciente –ENGISCH, LARENZ– ha puesto de relieve, sin embargo, que la operación jurídica o judicial no es tan sencilla como a primera vista parece. Ante todo, porque muchas veces no es una operación puramente lógica o porque, en cuanto operación lógica, reviste una complejidad mucho mayor que la que la doctrina tradicional suponía». En la misma línea J. CASTÁN TOBEÑAS, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Ed. Reus, Madrid 2005, p. 11.

¹² G. SARTORI, *¿Qué es la democracia?*, Ed. Taurus, Madrid 2007, p. 201: «Hasta hace aproximadamente un siglo la 'Ley' nunca fue sólo una *forma* (forma de ley) sino también *contenido*: una normativa caracterizada por la justicia. Durante milenios nunca se ha aceptado que *ius* sólo fuese *iussum*, sólo 'orden' (lo mandado) y, en el peor de los casos, *cualquier orden*».

¹³ L. FERRAJOLI, *Derecho y Garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid 1999, p. 141.

¹⁴ L. VILLACORTA MANCERO, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en la*

tas, produciéndose el tránsito de la soberanía nacional a la soberanía parlamentaria, idea más tarde reforzada por el positivismo jurídico¹⁹. En éste marco ideológico, la función del Juez quedaba muy limitada y debía ceñirse a la subsunción de los hechos enjuiciados en la ley.

Esta concepción que implícitamente llevaba una fuerte carga ideológica cesó. Por una parte, por la aparición de ideologías distintas a la liberal, poniendo de manifiesto que la *ratio* de la ley era la propia de una determinada ideología o mejor la de una clase: la burguesía. La sociedad fue consciente de su «pluralismo», la justificación de la ley se hizo abierta, ya no era *ratio*, sino manifestación de una forma, entre otras, de ver y regular la vida social. Por otra, porque los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad que la dignidad de la persona pasará a ser «núcleo axiológico constitucional»²⁰ y del ordenamiento jurídico. Observándose la necesidad de superar un positivismo jurídico estricto que dejó a los juristas «inermes frente a leyes arbitrarias y de contenido criminal»²¹.

¹⁹ G. SARTORI, *¿Qué es la democracia...*, opus cit., pp. 201 y 202: «La jurisprudencia encabezada por Jhon Austin, y más aún el positivismo jurídico, que encarna su máximo exponente en Kelsen, reducen sin más el derecho a su forma, y por lo tanto reducen la legitimidad a la legalidad. ... De hecho, la noción misma de Constitución se vuelve formal. Desde los años veinte empieza a entenderse por Constitución *cualquier forma* que un Estado se da a sí mismo. Pero si la Constitución de Stalin o la Constitución de Hitler son constituciones con el mismo título que la de Estados Unidos, entonces la 'constitución' ya no sirve para proteger nuestra libertad. De este modo el constitucionalismo se convierte en víctima de su propio éxito y muere como instrumento de la libertad en la ley». Debe matizarse sin embargo, lo anterior, pues existen muchas clases de positivismo jurídico.

²⁰ F. FERNÁNDEZ SEGADO, «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», en *Teoría y práctica de la aplicación del Derecho*, Ed. Colex, Madrid 1994, p. 37.

²¹ G. RADBRUCH, *Relativismo y derecho*, Ed. Temis, Bogotá 1992, p. 37.

Surgió así un nuevo horizonte²²: el constitucionalismo democrático. El constitucionalismo presupone la sumisión de la totalidad de los poderes del Estado al texto constitucional que alcanza de este modo eficacia normativa²³ y en el que se contiene la descripción de una serie de derechos fundamentales, principios y valores a los que todos deben someterse. La sociedad se concibe como plural y, por lo tanto, permite la defensa de valores e intereses heterogéneos con el único límite del respeto a los derechos fundamentales que, rectamente desarrollados, implican la necesaria existencia de un sistema democrático, pues como señala Sartori, «la libertad [premisa base de la democracia] es un producto de los derechos»²⁴. Democracia y derechos fundamentales constituyen un binomio inseparable en el que están comprometidos todos los poderes del Estado, pues sólo a través de la firme defensa de los derechos fundamentales es posible garantizar el pluralismo, los derechos de las minorías, siendo ésta probablemente la prueba de fuego de la democracia, como acertadamente nos enseñó Lord Acton: «La prueba más segura para juzgar si un país es verdaderamente libre, es el *quantum* de seguridad del que gozan las minorías»²⁵. La

²² A. OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, *La hermenéutica...*, opus cit., p. 55: «Horizonte es el ámbito de visión que es dable desde un punto determinado de la historia».

²³ F. J. LAPORTA, «Teoría y realidad de la legislación: una introducción general» en *La proliferación legislativa: un desarrollo para el Estado de Derecho*, Ed. Civitas, Madrid 2004, p. 46: «Cuando hablo de naturaleza neoconstitucional o, en general, de enfoque neoconstitucionalista, me refiero a una concepción teórica y una actitud metódica y práctica que piensa en la Constitución como un documento expresamente normativo, impregnado profundamente por valores y principios, dotado de bastante rigidez, garantizado jurisdiccionalmente, directamente vinculante y objeto de una incesante interpretación, rasgos todos ellos que terminan por hacerle adquirir una naturaleza invasiva del ordenamiento jurídico entero».

²⁴ G. SARTORI, *¿Qué es la democracia...*, opus cit., p. 205.

²⁵ Lord ACTON, *Ensayos sobre la libertad y el poder*, Ed. Unión Editorial, Madrid 1999, p. 56.

Constitución es también un proyecto político de sociedad justa inspirado en una serie de valores que los poderes del Estado deben desarrollar.

En este nuevo marco la posición de la Ley cambia. Ya no es la expresión de la razón, sino la manifestación del grupo provisionalmente mayoritario de la sociedad²⁶. Ha dejado de ser la regla general y abstracta del comportamiento humano, para pasar a convertirse en medida concreta, en acto de confirmación política y, a menudo, en puro convenio con los propios grupos de intereses privados²⁷.

Pero lo que es importante destacar es que el legislador es un poder limitado, por y junto a los otros poderes del Estado, comprometido con el desarrollo constitucional. No teniendo el legislador el monopolio del desarrollo de la Constitución. La relación entre el poder judicial y el legislador no es ya una relación de subordinación, sino de cooperación, estando ambos comprometidos en el crecimiento del proyecto de justicia constitucional, lógicamente, cada uno dentro de su respectivo ámbito funcional²⁸. Por lo tanto, la articula-

ción de las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial ha cambiado, el Juez ya no está únicamente vinculado a la ley, sino a la Constitución, a la ley y al Derecho. En la búsqueda del desarrollo constitucional los jueces acuden a otras fuentes, además de la ley, en especial a los principios generales del Derecho²⁹.

Sin embargo, debe quedar claro, «la función central que al legislador le sigue todavía correspondiendo en el Estado constitucional de nuestro tiempo»³⁰. Pues aunque la función del Juez ya no puede explicarse como la de un «autómata de la subsunción»³¹, lo cierto es que la ley es fuente de legitimación a la que debe acudir para la solución del caso³². No obstante, debe entenderse que el legislador no puede en soledad desarrollar los valores constitucionales, necesita el concurso de los demás poderes del Estado, pues inevitablemente las leyes «no abarcan la solución de

como una fuente coordinada de poder estatal, que tiene una esfera de influencia propia, definida en términos que unifican tanto el momento como la función del ejercicio del poder. El papel de los jueces está limitado por la existencia de valores constitucionales, y su función consiste en concretar su significado».

²⁶ En palabras de G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Ed. Trotta, Madrid 2005, p. 38: «La ley –en este punto de la historia– ya no es la expresión de una sociedad política internamente coherente, sino que es una manifestación o instrumento de competición y enfrentamiento social».

²⁷ L. VILLACORTA MANCEBO, *El pleno sometimiento a la Constitución...*, *opus cit.*, p. 47. En la misma línea, A. M. HESPANHA, *Cultura jurídica Europea. Síntesis de un milenio*. Ed. Tecnos, Madrid 2002, p.192: «La ley, que constituía la clave del monumental arco del sistema dogmático del derecho, deja de expresar los consensos jurídico-políticos permanentes y se reduce apenas a dar cauce a la oportunidad momentánea de la administración, a arreglos políticos transitorios o incluso a compromisos posibles entre opciones políticas imposibles (compromiso dilatorio)».

²⁸ O. FISS, *El Derecho como razón pública*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, p. 31: «Los Tribunales no son instituciones que funcionan por defecto y cuyo papel no depende del fallo de otro órgano del Estado (el legislador o el ejecutivo). Esta concepción presenta a los tribunales

²⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Ed. Alianza Editorial, Madrid 1994, p. 124: «Todo el problema es ahora mejorar su calidad [de la ley]...renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes y, correlativamente, en la técnica aplicativa de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales del Derecho».

³⁰ L. VILLACORTA MANCEBO, *El pleno sometimiento a la Constitución...*, *opus cit.*, p. 60.

³¹ L. VILLACORTA MANCEBO, *El pleno sometimiento a la Constitución...*, *opus cit.*, p. 62.

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La democracia y el lugar de la ley» en *Rev. Española de Derecho Administrativo*, nº 92/1996, p. 622, razona que el Juez no es un órgano «ciego y automático de aplicación de las Leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria, de nuevo el papel de la Ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática».

todos los casos posibles, ni son siempre claras, pese al esfuerzo de los nomófilos, ni pueden superar completamente la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje natural que utilizan». Por lo que es inevitable que los jueces tengan un creciente protagonismo «puesto que la interpretación no será aplicación mecánica sino, muchas veces, interpretación creadora, al completar las lagunas y la textura abierta del lenguaje, al decidir sobre el sentido de términos legales, al esclarecer las zonas lingüísticas de penumbra»³³.

En suma, el constitucionalismo impone una nueva forma de entender la relación entre el poder judicial y el legislativo que ya no puede ser de estricta sujeción, sino de leal colaboración en el desarrollo de la justicia del sistema constitucional. Al legislador y al juez les corresponde conjuntamente la función de configuración normativa del diseño constitucional en un proceso dialéctico y de control mutuo.

El propio legislador es consciente de la necesidad de colaboración y crea tipos normativos abiertos en los que la participación judicial es esencial. Por ejemplo, cuando el art 17 ET³⁴ regula la no discriminación en las relaciones laborales y declara la nulidad de las normas de rango inferior a la ley, pactos y decisiones que contengan «discriminaciones directas o indirectas desfavorables», el legislador está proponiendo a los Tribunales que colaboren en la determinación de conceptos complejos como son los de «igualdad» y «discriminación», y ello no obedece a un «fallo de técnica legislativa», sino a una «estrategia legislativa favorable a la utilización de disposiciones generales e incompletas», invitando al legislador a los Tribunales «a utilizar sus recursos institucionales para desarrollar a lo

³³ G. PECES BARBA, «Poder de los jueces y gobierno de los jueces», Diario El País, Madrid, 1 de mayo de 2000.

³⁴ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

largo de una multiplicidad de casos una interpretación normativa detallada de esa materia y un cuerpo de doctrina para implementar esa interpretación»³⁵.

Es más, la colaboración se manifiesta en un diálogo permanente con el poder legislativo que, en unas ocasiones, se traduce en la recepción en la nueva ley de la doctrina jurisprudencial y, en otras, en la rectificación de la ley para impedir una determinada interpretación, pues la colaboración no debe entenderse de un modo estrecho como coincidencia. Siendo legítimo que en el desarrollo del modelo de justicia constitucional poder legislativo y judicial discrepen, como lo es también que la opinión del poder legislativo, siempre dentro del marco permitido por la Constitución, sea prevalente, pues no hemos optado por un modelo judicial de «guarda o tutela»³⁶.

No es difícil encontrar ejemplos en la práctica laboral de lo que acabamos de indicar. Así, nadie discute que la definición del accidente «*in itinere*» del art. 115.2.a) del TRLGSS³⁷ que considera como accidentes de trabajo «los que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo» tiene su origen en la labor de los Tribunales³⁸. Y, al mismo tiempo, es evidente

³⁵ L. G. SAGER, *Juez y Democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2007, p. 57.

³⁶ Tomo ésta expresión de L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...opus cit.*, p. 44 donde razona que de haber optado por un modelo de guarda o tutela nos hubiésemos situado «bajo una especie de administración judicial en materia moral, de manera que habríamos otorgado a los jueces una autoridad casi ilimitada para gobernar nuestros asuntos, al menos en la medida en que esos asuntos impliquen cuestiones de justicia política en un sentido amplio».

³⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

³⁸ L. E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO BONETE, *Manual de Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1979, p. 338 quienes razonan que la determinación legal de que sea accidente de trabajo en la Ley se ha hecho «siguiendo un reiterado criterio jurisprudencial». Y en concreto, en relación con el accidente «*in itinere*» F. CAVAS MARTÍ.

que la nueva redacción del art 43.1 del TRLGSS, introducida por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, al establecer que en el caso de revisión de prestaciones ya reconocidas «los efectos económicos de la nueva cuantía tendrá una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de la presentación de la solicitud», tiene por objeto alterar la solución a la que había llegado la jurisprudencia y conforme a la cual los efectos podían retrotraerse a los cinco años anteriores a la solicitud³⁹.

3. TECNICAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO

3.1. La interpretación de la Ley

La labor del Juez es, por lo tanto, una labor colaboradora y creativa, de hecho, «la aplica-

NEZ, «Accidente de trabajo *in itinere*» en *Enciclopedia Laboral Básica*. Alfredo Montoya Melgar, Ed. Civitas Cizur Menor (Navarra), p. 107: «Por lo demás, el accidente *in itinere*, que en su origen fue una categoría elaborada por la jurisprudencia (a partir de la STS 6ª de 25-10-1930) para que el obrero no quedase desprotegido con ocasión de percances ocurridos durante su traslado al lugar de trabajo».

³⁹ En esta línea y entre otras muchas, la STS de 10 de octubre de 2009 (Rec. 1318/2008) razona que «la doctrina reiterada de la Sala afirma que en estos casos en que produce una modificación y se eleva el importe de la pensión originariamente reconocida al pensionista, los efectos de esa modificación han de retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho, no operando la limitación de tres meses prevista en el art. 43 de la LGSS. No obstante ello, ha de entenderse sin perjuicio de que opere el mecanismo de la prescripción del número uno del citado art. 43, que fija en cinco años la prescripción del derecho al reconocimiento de las prestaciones, no el de cuatro años contenido en el art. 45.3, previsto para el reintegro de prestaciones indebidas». No obstante la sentencia, concedora de la reforma contenida en la Ley 42/2006, deja muy claro que la sentencia se refiere a un supuesto en el que todavía no es de aplicación la citada norma. Posteriormente, ya vigente la Ley 42/2006, la jurisprudencia ha entendido que la interpretación del nuevo texto limita los efectos a los tres meses anteriores a la solicitud –STS de 22 de septiembre de 2009 (Rec. 3849/2008)–.

ción del derecho es siempre una obra creativa»⁴⁰. Probablemente, la ausencia de reconocimiento de esta realidad obedezca al mantenimiento de esquemas en los que permanece la idea de un cierto absolutismo del legislador⁴¹ y una ideología positivista estricta⁴². De

⁴⁰ A. OSUNA FERNÁNDEZ-LAGO, *La hermenéutica...*, *opus cit.*, p. 89. En la misma línea H-G GADAMER, *Verdad y método*, Ed. Sigueme, Salamanca 1977, p. 613: «La interpretación de la ley en sentido jurídico es un hacer creador de derecho, esto tampoco puede discutirse». L. LEGAZ LACAMBRA, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona 1943, p. 381: «El juez al aplicar la norma general crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres, que han de ajustar sus conductas a sus preceptos... El juez, que no crea normas jurídicas de carácter general ni puede hacerlo en tanto que actúa como juez, es, sin embargo, un auténtico creador de Derecho, un colaborador más –como el legislador o el administrador– en el proceso dinámico de creación del orden jurídico».

⁴¹ Como intento ideológico de evitar la aplicación judicial del derecho amparada en la superioridad de la ley cabe citar el *référé législatif*. Como señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos...* *opus cit.*, pp. 170 y 171: «Cuando había un problema significativo de interpretación de la Ley, de forma que su texto no lo resolviera de manera inequívoca, el juez debía de abstenerse del pronunciamiento y remitir la cuestión a la Asamblea como autora de la ley, para que resolviese». H. KELSEN, *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, p. 54: «Por esta razón la sentencia judicial es norma jurídica individual; individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el perjuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con la ley pueden oscurecer una idea tan evidente».

⁴² H-G GADAMER, *Verdad...*, *opus cit.*, p. 613: «Evidentemente una hermenéutica jurídica no puede contentarse seriamente con emplear como canon de la interpretación el principio subjetivo de la idea e intención originaria del legislador. En muchos casos no puede evitar tener que aplicar unos conceptos objetivos, por ejemplo, el de la idea jurídica que se expresa en la ley. Al

hecho ya hemos visto que la realidad pone de manifiesto que el propio legislador invita al juez a que concrete el contenido de normas de estructura abierta, lo que, inevitablemente, supone una labor creativa.

La labor creativa de los Jueces en la aplicación del Derecho tiene tres niveles, que guardan una profunda interconexión entre sí. Pues como señala Larenz, «la interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo pensamiento»⁴³. En efecto, la interpretación de la ley por los Tribunales supone un cierto desarrollo del Derecho, no obstante en materia de interpretación siempre opera el límite del tenor literal de la norma. Los Jueces, sin embargo, pueden ir más allá. Un desarrollo que supere el sentido literal de la norma, pero dentro de sus fines u objetivos, puede producirse en supuestos de lagunas legales –desarrollo inmanente a la ley⁴⁴; o, dentro del marco y de los principios directivos del orden jurídico –desarrollo del Derecho superador de la ley⁴⁵–.

La labor creadora de los Tribunales del orden social interpretando los textos legales se manifiesta de forma constante en su actividad de enjuiciamiento. No obstante, escogemos un supuesto a título de ejemplo y mostraremos como los Tribunales, al interpretar la norma, «crean» reglas que complementan el significado de la ley. En concreto, el art. 10.3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, establece que los delegados sindicales tienen derecho a «ser oídos» por la empresa previamente a la adopción de «medidas» que «afecten» «a los afiliados a su

parecer es propio de profanos imaginar la aplicación de la ley a un caso concreto como proceso lógico de sub-sunción de lo particular bajo a lo general».

⁴³ K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona 1980, p. 359.

⁴⁴ K. LARENZ, *Metodología...opus cit.*, p. 360.

⁴⁵ K. LARENZ, *Metodología...opus cit.*, p. 360.

sindicato, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos». Estableciendo el art. 55 del ET⁴⁶ «si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la Sección sindical correspondiente a dicho sindicato». Añadiendo, por último, el art. 104.e) de la LPL⁴⁷ que en la demanda deberá constar «si el trabajador se encuentra afiliado a un sindicato, en el supuesto de que se alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales si los hubiera».

Pues bien, interpretando el precepto los Tribunales laborales han determinado que el precepto que establece la audiencia previa del delegado sindical «comprende la extinción del contrato de trabajo por causas disciplinarias y no otros supuestos extintivos asimilables– STS de 23 de mayo de 1995 (Rec. 2313/1994)⁴⁸–. Asimismo la jurisprudencia, ante la ausencia de disposición expresa, ha tenido que determinar el alcance del plazo de audiencia. Así, la STS de 16 de octubre de 2001 (Rec. 3024/2000) sostuvo que la finalidad de la norma no se cumplía en aquellos casos en los que el plazo concedido era inferior a un día, pues «en tan breve plazo no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador». Doctrina posteriormente

⁴⁶ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

⁴⁷ Real Decreto Legislativo 2/1005, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁴⁸ La sentencia reconoce que el término despido no es utilizado unívocamente por el legislador, pues «unas veces se designa con él sólo al despido disciplinario (señaladamente en el art. 49 ET, que es el general sobre 'extinción de contrato'), y otras, más extensivamente, se incluyen también otros supuestos extintivos por voluntad del empresario. No obstante, la Sala, atendiendo a la finalidad de la norma entiende como más adecuada una interpretación estricta del término».

ratificada por la STS de 7 de junio de 2005 (Rec. 5200/2003) conforme a la cual para que «la audiencia previa pueda considerarse efectiva..... entre la solicitud de audiencia y el despido del afiliado ... [ha de transcurrir] un plazo mínimo de un día equivalente a veinticuatro horas».

Éste ejemplo muestra que, siempre dentro del marco permitido por el tenor literal de la norma y atendiendo a su finalidad, los Tribunales han concretado de forma creativa el contenido de la Ley, de modo que, actualmente, el texto dice más de lo que literalmente decía.

3.2. Las lagunas legales

El desarrollo judicial del Derecho por los Jueces se manifiesta cuando deben cubrirse las lagunas de la ley, pues, en estos casos, los Tribunales ya no operan dentro del marco construido por el tenor literal del texto y los fines de la ley, sino que operan exclusivamente atendiendo a los fines inmanentes de la ley.

El concepto de «laguna de la ley»⁴⁹ es complejo⁵⁰. No obstante, hoy en día, en la práctica de los juristas, nadie discute que «incluso la mejor ley presenta innumerables lagunas» (Heck)⁵¹. De hecho las lagunas pueden obedecer

a una decisión consciente de legislador o, simplemente, no haber sido queridas, ya sea por simple falta de previsión en el momento de elaboración de la norma, ya por sobrevenir circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de elaboración del texto legal –vgr. el progreso técnico–⁵².

La teoría de la laguna de la ley parte de la distinción entre norma jurídica y texto normativo⁵³. Pues la existencia de laguna ha de enjuiciarse desde la norma jurídica, «de la intención reguladora que le sirve de base, de los fines con ella perseguidos y del plan legislativo»⁵⁴. Por lo tanto habrá laguna legal cuando el texto de la norma sea incompleto desde el plan de la ley.

Lo anterior implica que la determinación de cuando existe una laguna legal estará estrechamente unida a la interpretación del texto legal. De hecho, como señala Guastini, la interpretación, del mismo modo que sirve para evitar o eludir la existencia de lagunas legales, puede también crearlas⁵⁵.

Así, no habrá laguna cuando en opinión del intérprete el texto normativo y el espíritu

opus cit., p. 359: «Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene ‘lagunas’».

⁴⁹ T. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Las lagunas...*, *opus cit.*, pp. 73 a 75.

⁵⁰ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil...*, *opus cit.*, p. 46: «El concepto de norma jurídica se separa fundamentalmente de la simple disposición legal. La norma es ‘el mandato jurídico con eficacia social organizadora’; la disposición jurídica será, en cambio, ‘la señal o signo sensible, mediante el que se manifiesta aquel mandato’». A la distinción se refiere la STC 192/1980, de 8 de abril al hacer referencia a la distinción «entre norma como mandato y texto legal como signo visible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer».

⁵¹ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 366.

⁵² R. GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Ed. Porrúa, México 2000, pp. 86 y ss.

⁴⁹ No debe confundirse la «laguna de la ley» con la «laguna de las normas» o «lagunas del ordenamiento jurídico». L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas...*, *opus cit.*, p. 278.

⁵⁰ Sobre el tema T. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Las lagunas de la Ley. Hacia un Derecho flexible*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2006, pp. 14 y siguientes.

⁵¹ L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas...*, *opus cit.*, p. 278: «Si por ‘lagunas’ entendemos las ‘lagunas de la ley’, creo que toda discusión sobre si las lagunas existen o no existen es una discusión perfectamente inútil, porque se trata de un hecho comprobado experimentalmente. La falta de ley no transforma la cuestión en no jurídica». En el mismo sentido K. LARENZ, *Metodología...*

de la norma coincidan. Tampoco habrá laguna cuando pese a no coincidir el texto de la norma y el espíritu de la ley, la discrepancia pueda reconducirse mediante técnicas de interpretación extensiva⁵⁶, reductiva⁵⁷ o evolutiva⁵⁸. En relación con lo anterior debe distinguirse entre las «lagunas» y el «silencio de la ley»⁵⁹. En efecto, no siempre que la ley guarda silencio sobre una materia hay laguna, pues en algunos casos el silencio de la ley es un «silencio elocuente»⁶⁰ querido por el legislador.

Por lo tanto, puede haber casos en los que, aunque el principio que inspira a la ley podía haberse traducido en la regulación de determinados supuestos, el legislador, por diver-

⁵⁶ Hay interpretación extensiva cuando el espíritu de la norma invita a entender el texto legal de una forma más amplia a la que se infiere de su literalidad. La distinción entre la interpretación extensiva y la laguna/analogía no es siempre fácil. Así, L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas...opus cit.*, p.280: «La doctrina no ha deslindado con nitidez la analogía frente a la interpretación extensiva... A mi juicio el ámbito de aplicación de una norma jurídica comporta una doble delimitación. Hay en primer lugar, una delimitación genérica, que se produce a través de lo que podríamos llamar el marco institucional dentro del cual la norma actúa y, en segundo lugar, una delimitación específica que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho. De esa suerte actuamos por vía analógica cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra».

⁵⁷ Hay interpretación reductiva cuando el espíritu de la norma exige que su texto sea interpretado de forma tal que determinados supuestos sean excluidos, en contra del tenor literal de la norma.

⁵⁸ T. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Las lagunas...*, *opus cit.*, p. 179 hay interpretación evolutiva cuando se «adapta –por ampliación o concreción– el significado primario de una disposición legal, con la única finalidad de dar cabida así a nuevas circunstancias fácticas en el campo de aplicación general de la norma». La interpretación evolutiva puede ser extensiva o restrictiva.

⁵⁹ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 366.

⁶⁰ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 365.

sas razones –vgr. la progresiva implantación de un cambio en la realidad social–, no ha querido regular determinadas materias. Su decisión, podrá ser criticada desde una perspectiva de política jurídica⁶¹, pero no existe una laguna de la ley. Por otra parte, una interpretación extensiva de un concepto reducirá el ámbito de las lagunas⁶², y una interpretación restrictiva o de reducción del ámbito inicial del concepto atendiendo a los fines de la norma –laguna oculta– ampliará el campo de la analogía⁶³.

Para cubrir el vacío normativo debe acudirse a la analogía⁶⁴ y, en su defecto, a los principios generales del Derecho⁶⁵.

La jurisprudencia no duda de la existencia de lagunas legales y así, la STC 1983/1979, de 5 de octubre, hace referencia a un supuesto específico de laguna legal, la llamada «laguna técnica», por falta de desarrollo legal de la relación especial de alta dirección. Y, con claridad, la STC 99/1985, de 30 de septiembre, admite la existencia de lagunas legales ante las cuales el Tribunal Supremo, al rellenar el vacío legal existente, «cumpliría una función integradora que habría que considerar en principio lícita». Por lo demás, la jurispruden-

⁶¹ LARENZ habla de fallos «jurídico-políticos» de la ley. K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 367.

⁶² ESSER razonaba que el paso de una interpretación extensiva a un desarrollo del Derecho mediante la analogía es fluido.

⁶³ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 385.

⁶⁴ T. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Las lagunas...*, *opus cit.*, pp. 191 a 195.

⁶⁵ T. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, *Las lagunas...*, *opus cit.*, p. 195 a 198. Para algunos autores cabe también acudir en defecto de las dos técnicas anteriores a la «libre estimación. Así, P. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 31: «Es perfectamente imaginable la complementación de las lagunas de la ley mediante la *libre estimación* del juez, mediante la creación plenamente libre de la norma jurídica. El Juez puede decidir el caso particular del mismo modo que el lego. Y es posible que su decisión, al no estar inhibida por ninguna consideración a la ley general, sea sumamente adecuada a las particularidades del caso».

cia social ha reconocido expresamente y de forma reiterada la existencia de lagunas y ha recurrido a la analogía para integrarlas en reiteradas ocasiones⁶⁶.

Por ejemplo, la STS de 30 de mayo de 2000 (Rec. 1906/1999) analiza el caso de una trabajadora suspendida de empleo y sueldo que pretende la obtención de prestación por maternidad, discutiéndose si durante dicha situación se está en alta o situación asimilada. La Sala reconoce que la situación de suspensión de empleo y sueldo no se encuentra regulada como una situación asimilada al alta, si bien acto seguido matiza que tampoco hay una norma que expresamente prohíba considerar dicha situación como asimilada al alta. Pues bien, constatada la existencia de una laguna legal se acude a la finalidad protectora del sistema a efectos de integrar la laguna y se concluye que debe considerarse a ésta situación como asimilada al alta.

En el caso que acabamos de examinar estaríamos ante un supuesto de laguna legal de regulación⁶⁷, pero hay otros casos en los que, como hemos indicado, la laguna es «creada» por la interpretación del propio Tribunal –lagunas ocultas–. Un supuesto de laguna oculta nos lo muestra la STS de 30 de octubre de 2007 (Rec. 3179/2005). Conforme al art. 80 del ET «cuando se somete a la asamblea por parte de los convocantes la adopción de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores, se requerirá para la validez de aquéllos el voto favorable personal, libre, directo y

secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centros de trabajo». Pues bien, la sentencia sostiene que de una interpretación sistemática de la norma se infiere que los únicos acuerdos vinculantes que le corresponde adoptar a la asamblea son «los previstos en los arts. 66.2 (convocatoria de una reunión del comité de empresa), 67.3 (revocación del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa), 87.1 (designación de la representación sindical para negociar un convenio de franja) del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 2.2 (promoción de elecciones) del Real Decreto 1844/94 (RCL 1994/2585) de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa; y, en último extremo, aunque es mas dudoso, para acordar, con igual carácter, medidas de conflicto colectivo o la conclusión de convenios colectivos extraestatutarios». Lo anterior implica que hay una laguna legal, pues el art. 80 del ET no tiene por finalidad regular supuestos distintos a los enunciados, laguna que permite al Tribunal acudir a otros criterios jurídicos. En el caso de autos, a los términos establecidos para la ratificación, pues no había limitación legal que permitiese declarar la ilegalidad de aquellos.

Por último, hay supuestos en los que la aparición de nuevas realidades no pudieron ser previstas por la ley generándose lagunas⁶⁸. Así, la STS de 26 de septiembre de 2007 (Rec. 966/2006) analiza la licitud del examen del contenido de un ordenador por parte de la empresa que lo facilita para el trabajo. La sentencia parte de la idea de que la

⁶⁶ Entre otras muchas las STS de 2 de junio de 2008 (Rec. 2552/2007) o 2 de febrero de 2007 (Rec. 57/2006).

⁶⁷ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 365 distingue entre «laguna normativa» que se produce cuando «una norma legal no puede ser aplicada en absoluto sin que se le añada una nueva disposición que se echaba de menos en la ley» y «laguna de la regulación» cuando «una determinada regulación en conjunto... no contiene ninguna regla para una cierta cuestión que, según la intención reguladora subyacente, precisa una regulación».

⁶⁸ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 372: «Las lagunas posteriores pueden surgir a causa de que, como consecuencia de la evolución técnica o económica, emergen nuevas cuestiones, que ahora precisan ser reguladas en el marco del fin de la regulación y del sector de regulación comprendido por la intención fundamental de la ley, pero que el legislador todavía no lo ha visto. También las lagunas surgidas posteriormente pueden ser tanto ‘manifiestas’ como ‘ocultas’».

ley ha querido regular la colisión de intereses entre el poder de dirección del empresario, que comprende la posibilidad de que éste pueda adoptar las medidas «que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales» y el derecho a la intimidad del trabajador; y así lo ha hecho el art. 18 del ET⁶⁹. No obstante, entiende que el art. 18 del ET no es de aplicación, existiendo, por lo tanto, una laguna legal; pues queriendo el legislador regular la colisión de intereses antes descrita, no ha podido tener en cuenta el impacto que el uso de un ordenador genera en aquella. No encontrando una norma análoga aplicable al caso, el Tribunal acude a los principios para rellenar la laguna y, en concreto, al principio de buena fe⁷⁰. Para la sentencia, el empresario que permite, incluso de forma tácita, el uso personal del ordenador genera una «expectativa de confidencialidad» en el trabajador y por ello la confianza en éste último de que el empresario no examinará su contenido. Expectativa que se rompe cuando la empresa establece previamente «las reglas de uso de esos medios» e informa a los trabajadores de que «va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la

efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso». De forma tal que si los controles se realizan conforme a las pautas previamente indicadas por la empresa «no podrá entenderse que el control ha vulnerado una expectativa razonable de intimidad». De este modo la jurisprudencia, mediante la aplicación de un principio jurídico, crea una pauta de solución de conflictos, superadora de la laguna legal y dentro del marco inmanente a la ley, pues como hemos visto, la intención del legislador es conciliar el poder empresarial de dirección con el derecho a la intimidad del trabajador. No obstante, debe indicarse que cuando se acude a los principios jurídicos y no a la analogía para dar contenido a una laguna legal, la diferenciación entre desarrollo inmanente a la ley y desarrolló superador de la ley, en ocasiones, no es fácil.

3.3. El desarrollo del Derecho más allá de la ley

Hemos visto como los Tribunales desarrollan el Derecho en los casos de existencia de lagunas legales, no obstante, en dichos supuestos, la conexión con la ley sigue siendo evidente. Ciertamente la laguna supone una «deficiencia» en la ley, pero es la propia finalidad de la ley la que invita a la cobertura de la laguna.

Puede haber casos, sin embargo, en los que el desarrollo judicial del Derecho no venga determinado por la ley, sino por el juego de otros principios o valores inherentes al ordenamiento jurídico, pues no olvidemos que los Jueces deben aplicar la ley y el Derecho. Se trata, «de un desarrollo del Derecho ciertamente *extra legem*, al margen de la regulación legal, pero *intra iuris*, dentro del marco del orden jurídico total y de los principios jurídicos que le sirven de base»⁷¹.

⁶⁹ El art. 18 del ET establece: «Sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que fuera posible».

⁷⁰ Sobre el juego del principio de buena fe en el contrato de trabajo, puede verse A. MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Discurso leído el 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

⁷¹ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 410. Sostiene este autor que el desarrollo del Derecho debe hacerse atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico.

Los Tribunales sociales también han desarrollado el Derecho más allá de lo establecido en la ley. En efecto, la STS de 12 de febrero de 1992 (Rec. 1260/1991)⁷², analizó el alcance temporal de la obligación de reintegro en un supuesto de incompatibilidad sobrevenida en aplicación de lo establecido por la Ley 44/1983, de 20 de diciembre. En principio debería aplicarse el plazo de prescripción entonces vigente de 5 años⁷³, sin embargo el Tribunal limita los efectos a los tres meses anteriores. El plazo es el de prescripción antes indicado, pero para el Tribunal las consecuencias de la aplicación literal de la norma deben ser atemperadas por razones de «equidad... evitando situaciones que llevadas al límite serían contrarias a la propia finalidad protectora de la Seguridad Social y ello porque lo reclamado como indebidamente percibido no se debe ni a un falseamiento u ocultación de datos por parte del beneficiario o de la Gestora⁷⁴ y sí a una interpretación de carácter general de la legalidad precedente llevada a cabo por órganos de la Administración del Estado...lo que obliga a limitar al máximo los efectos perjudiciales sobre los beneficiarios de buena fe». A lo que se añade que ante el cambio producido correspondía a la Administración proceder con la «debida celeridad y sin retrasos que perjudiquen al beneficiario», siendo también desproporcio-

nado obligar al beneficiario a «una diligencia extraordinaria en relación con sus conocimientos e información y respecto a una normalización de situaciones que deben correr a cargo de la propia gestora». Por lo tanto, en aplicación del principio ético-jurídico de buena fe –quizás hubiese sido más adecuado razonar con base al principio de confianza legítima⁷⁵–, la Sala desarrolla el Derecho superando el tenor literal de la ley, llegando más allá de lo en ella previsto⁷⁶.

Como es sabido el legislador reaccionó contra esta jurisprudencia introduciendo una nueva norma contenida en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre y conforme a la cual «la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años [inicialmente cinco], contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora». Lógicamente el legislador no puede, mediante una ley, cambiar la interpretación de la norma hecha por los Tribunales⁷⁷ –el legislador no puede interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁷⁸–, pero lo que sí puede hacer es cambiar la ley. No habrá, por lo tanto, cambio de interpretación, pero lógicamente al existir un nuevo texto a interpretar

co, a la «naturaleza de la cosa» y a los principios «ético-jurídicos» del sistema.

⁷² La doctrina fue reiterada, entre otras, en las STS de 24 de mayo de 1993 (Rec. 639/1992), 30 de septiembre de 1996 (Rec. 822/1996), 8, 12 y 24 de octubre de 1996 (Rec. 1036, 1187 y 20/1996).

⁷³ Ante la ausencia de norma expresa la jurisprudencia había entendido que el plazo era de 5 años en aplicación de lo establecido en el art. 1966 del Código Civil como relata la STS de 11 de junio de 2001 (Rec. 3614/2000).

⁷⁴ Fuera de estos casos el plazo sería de 5 años –STS 13 de febrero de 1992 (Rec. 1144/1991), 18 de marzo de 1992 (Rec. 1622/1991), 10 de noviembre de 1994 (Rec. 1031/1994), 30 de octubre de 1995 (Rec. 1219/1995), 19 de febrero de 1996 (Rec. 1220/1995), 7 de octubre de 1996 (Rec. 710/1996), entre otras.

⁷⁵ STS de 24 de septiembre de 1996 (Rec. 4065/1995).

⁷⁶ Literalmente la STS de 17 de octubre de 1994 (Rec. 1425/1994) razona que nos encontramos ante un supuesto en el que «mediante la técnica hermenéutica de la diferenciación o distinción [se ha introducido]... una salvedad en la doctrina de la prescripción de la obligación de reintegrar prestaciones indebidadas».

⁷⁷ De aquí que la jurisprudencia, pese a conocer el contenido de la nueva norma, siguiere aplicando el criterio jurisprudencial consolidado a las situaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva norma –STS de 12 de noviembre de 2002 (Rec. 888/2002).

⁷⁸ Sobre el tema puede verse S. MUÑOZ MACHADO, *La reserva de jurisdicción*, Ed. La Ley, Madrid 1989, en especial las pp. 65 y ss.

deberá tenerse en cuenta la nueva redacción⁷⁹.

4. EL PRINCIPIO DE CONTENCION JUDICIAL⁸⁰

En su labor de creación y desarrollo del Derecho los Tribunales, pese a la amplitud de su función colaboradora, en ocasiones optan por no desarrollar el Derecho y remiten al legislador. Y ello por entender que el desarrollo de determinadas materias debe realizarse dentro de un plan progresivamente establecido por aquel. En efecto, la Constitución establece una serie de obligaciones que afectan especialmente al poder legislativo. La responsabilidad en el establecimiento y desarrollo de principios y derechos constitucionales en esos casos corresponde, en primera instancia, al legislador y, una vez configurado el sistema, serán los jueces quienes en su función colaboradora los desarrollen. Así, la implantación de principios tan amplios como la «igualdad», la «conciliación de la vida laboral y familiar», el establecimiento de una «remuneración suficiente», etc., la medicación del legislador es esencial, siendo éste quien debe resolver las cuestiones de estrategia y de responsabilidad social. Los Tribunales pueden controlar el alcance constitucional de lo regulado por el legislador, pero no deben suplir su función. Como se ha dicho con acierto «los Tribunales intervienen sólo después de que las decisiones programáticas de estrategia y responsabilidad hayan sido tomadas por las autoridades políticas, y controlan los programas resultantes ante la posibilidad de que incorporen exclusiones categóricas injustas»⁸¹.

⁷⁹ La STS de 11 de junio de 2001 (Rec. 3614/2000) estableció que tras el nuevo texto legal el plazo debía de ser de cinco años, sin la excepción o atemperación que en los casos de buena fe había establecido la jurisprudencia.

⁸⁰ Sobre el llamado *judicial restraint*, puede verse R. GUAJASTINI, *Teoría, e ideología...*, opus cit., p. 63.

⁸¹ L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...*, opus cit., p. 114, lo que SAGER llama «infla-aplicación

En este sentido la STS de 5 de mayo de 2003 (Rec. 2497/2002)⁸² razona que analizando la sucesiva regulación «se ha podido ver que todo ese marco normativo forma un conjunto homogéneo, en el que no existen lagunas, sino regulaciones progresivas, cada vez más amplias del derecho que se discute» y que se ha venido produciendo «un paulatino avance en el ámbito del reconocimiento expreso de la equiparación total del subsidio por maternidad en caso de parto como en el de adopción, y más concretamente en la adopción múltiple simultánea, todo ello además, en normas con rango de Ley, que evidencian la voluntad del legislador de llevar a cabo esa extensión progresiva y no que se trate de una omisión involuntaria de la referida regulación». Lo anterior implica reconocer que el establecimiento pleno de los principios que con arreglo a la Constitución configuran una sociedad justa con carácter inmediato no es posible, lejos de ello, es necesario un plan general de progresivo desarrollo e implantación que debe ser establecido por el legislador como poder específicamente configurado para ello. Siempre habrá un déficit en la justicia constitucional. Ahora bien, suplir la función del legislador, sustituyendo el sistema por el diseñado de progresiva implantación por uno derivado de la actuación judicial, probablemente sea superar los límites de la función judicial. Hay, por lo tanto, que distinguir entre derechos y principios constitucionales que exigen una intervención inexcusable del Juez y otros en los que lo prudente es remitir al legislador.

judicial». Como señala el mismo autor: «No es posible resolver los daños estructurales derivados de la esclavitud y de nuestra historia recurrente de discriminación oficial contra las mujeres únicamente a través de remedios judiciales, y este dato innegable acerca de los límites de la capacidad judicial debería llevar a la Corte Suprema a aceptar la colaboración del Congreso».

⁸² La sentencia analiza la pretensión de una funcionaria que pretende, en un supuesto de adopción, que la Seguridad Social aplique lo establecido para el parto múltiple –adoptó a dos menores–.

Lo anterior permite explicar dos recientes pronunciamientos judiciales, especialmente polémicos y que han generado diversidad de criterios en la propia Sala del Tribunal Supremo.

El primero de los casos a los que queremos referirnos lo encontramos en la STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 897/2007)⁸³ es un perfecto exponente del problema⁸⁴. La sentencia analizaba el caso de una trabajadora, madre de un hijo menor de seis años y separada judicialmente, que solicitó el reconocimiento del derecho a la asignación de un horario de trabajo que le permitiera conciliar la vida laboral y familiar, sin reducción de jornada, concentrando su prestación de servicios en la mañana, en lugar de en el horario de mañana y tarde. La empresa, rechazó su solicitud argumentando que al no encontrarse en situación de jornada reducida, no le correspondía elegir su horario. Tesis que comparte el TSJ de Cataluña al sostener que la «concreción horaria» a que se refiere el art. 37.5 y 6 del ET presupone la existencia de reducción de jornada y lo pretendido por la actora es una nueva concreción horaria sin reducción. El Tribunal Supremo, constituido en Sala General, sostiene que vista la literalidad del art. 37.5 y 6 no es posible una petición de cambio de horario y, por tanto, de turnos sin reducción de jornada. Y en lo que ahora nos interesa razona que asumir la pretensión de la trabajadora sería tanto como «asumir los órganos judiciales, funciones legislativas, es el legislador quien debe hacerlo, reformando

los artículos necesarios del ET, lo que hasta la fecha no ha querido». La Sala no duda de que la pretensión, tal y como se formula, serviría para «conciliar el trabajo con los deberes familiares», pero insiste en que debe ser el legislador quien realice un desarrollo normativo que permita dar solución a pretensiones como la enjuiciada⁸⁵.

Frente a ésta posición el voto particular sostiene que: «No cabe duda alguna de que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en los países de ‘Common Law’, son las Cortes Generales, como representantes del pueblo español –art. 66 de la Constitución– las que tienen reservada la facultad de crear Derecho, y en su consecuen-

⁸³ El proceder, no es tan infrecuente como pudiera parecer. Así, la STS de 6 de abril de 2004 (Rec. 4310/2002), partiendo de la existencia de una laguna en la ley, interpretó la normativa vigente en el sentido de que la base reguladora de una prestación por desempleo debía calcularse conforme a los 180 días anteriores a la situación de desempleo, aplicando la base reguladora correspondiente a una jornada completa pese a que la trabajadora había optado por la reducción parcial de la jornada laboral y sin que por lo tanto la opción por la reducción repercutiese negativamente en la madre. Sin embargo, la STS de 2 de noviembre de 2004 (Rec. 5013/2003), dictada en Sala General, modifica la doctrina, rechaza que nos encontremos ante una laguna legal, encuentra inadecuada la aplicación de la analogía y expresamente razona: «El recurso expone una serie de reflexiones sobre la conveniencia de conseguir una protección más completa de los objetivos de conciliación del trabajo y vida familiar y en ese sentido se orientan también algunas consideraciones de la sentencia de 6 de abril de 2004. Pero el establecimiento de este tipo de medidas corresponde al legislador y no a los órganos judiciales». Posteriormente, entre otras, la STS de 31 de enero de 2006 (Rec. 5472/2004) aplicará la misma doctrina y declarará que «la regulación actual de esta cuestión puede resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo de los objetivos de conciliación del trabajo y la vida familiar, pero la superación de estas posibles deficiencias, con la asunción del coste financiero que ello implica, corresponde al legislador y no a los órganos judiciales». Por último, el legislador ha modificado el art. 211 de la LGSS acogiendo la doctrina contenida en la inicial STS de 6 de abril de 2004, reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

⁸³ La doctrina se reiteró en la STS de 18 de junio de 2008 (Rec. 1625/2007) si bien en este caso se trataba de una alteración de horario sin reducción de jornada y para el cuidado de un hijo minusválido.

⁸⁴ A. SEMPERE NAVARRO y P. CHARRO BAENA, «Adaptación del horario de trabajo por cuidado de un hijo discapacitado», BIB 2008/2713 donde se razona: «Como se observa, el tema permite que aparezcan dos modos antagónicos de entender no sólo el alcance de las normas, sino también el papel de los órganos judiciales. Por eso la resolución suscita interés más allá de la concreta solución que da al problema».

cia, como se dice bien, los órganos judiciales no tienen la función de asumir funciones legislativas. Ahora bien, no es ello lo que estimamos pudo –y en nuestra opinión, debió– llevar a cabo la Sala frente a la pretensión de la demandante –ahora recurrente– y en interpretación de los preceptos que se invocan como infringidos. En efecto, lo que propugnamos, es una interpretación y aplicación de la norma controvertida teniendo en cuenta la especial naturaleza y trascendencia del derecho reclamado y la realidad social a día de hoy, formulando un criterio, que no entrañaría elaboración de una norma en sentido propio y pleno, pero sí podría contener un desarrollo singularmente autorizado y digno, con su reiteración de adquirir cierta trascendencia normativa, como se lee en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preeliminar del Código Civil, y con él, el artículo 6.1 del mismo, que sin incluir a la Jurisprudencia entre las fuentes del Derecho, le asigna la misión de complementar el ordenamiento jurídico. Como ya decía una ya antigua –pero sin duda actual– sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1933, «la jurisprudencia debe tener como propósito y finalidad directriz, no sólo satisfacer la ‘necesidad de estabilidad y fijeza’ de las relaciones sociales (que tanto o más que ella, es función de la propia ley), sino además y principalmente, asegurar la ‘plasticidad y movilidad’ de la norma, para que el derecho sea, no cosa muerta y rígida, sino materia fluida y flexible, sujeta a renovación como la vida misma». Acto seguido, el voto particular afirma que existe una «laguna legal» y propone una solución del caso acorde con lo solicitado en la demanda, acudiendo al «espíritu» –en realidad a los principios– inspirador de la regulación sobre conciliación de la vida familiar y laboral.

En nuestra opinión, la posición mayoritaria analiza el tema dentro de la progresiva implantación de la conciliación de la vida

familiar y laboral y llega a la convicción de que, aunque la pretensión esgrimida es muy razonable y acorde con los principios de la norma, el legislador, en el momento en el que articuló la pretensión, no había querido llegar tan lejos. En suma, no existía laguna legal y ello explica la contención judicial adoptada por la mayoría. Aunque, ciertamente, la posición de la mayoría es discutible⁸⁶.

El segundo de los casos es el contenido en la STS de 29 de abril de 2009 (Rec. 577/

⁸⁶ Sobre el tema puede verse C. MOLINA NAVARRETE, «Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal. A propósito de las SSTs 4ª. 13 y 18 de junio de 2008», Rev. Diario La Ley nº 7057/2008, quien se muestra claramente partidario del desarrollo judicial propuesto por el voto particular. Por el contrario, A. SEMPERE NAVARRO y P. CHARRO BAENA, «Adaptación del horario...», *opus cit.*, sostienen que al Tribunal Supremo «no le falta razón cuando afirma que sólo a los órganos con potestad legislativa compete afrontar esta cuestión. Los Tribunales ordinarios no pueden excederse de una razonable interpretación analógica creando normas que respondan a los criterios que estimen de mayor justicia, pues ello supondría un desarrollo normativo sin potestad para ello», no obstante el artículo reconoce la vidriosidad del tema. Por último, J. C. GARCÍA QUIJONES, «Vinculación de la elección de horario de trabajo al derecho de reducción de jornada (Comentario a la STS 4ª, de 13 de junio de 2008)», Rev. Relaciones Laborales nº 4/2009, sostiene con razón que «el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de que la solución más acorde con la conciliación de la vida laboral y familiar es, exactamente, la inversa de la acordada, pero que no puede asumirla... ante la inexistencia de margen legal para ello, desvirtúa un tanto la consistencia de la argumentación del Tribunal Supremo, construida en el marco acotado del espacio jurídico, porque da pábulo a la contraposición entre los conceptos de Justicia y de legalidad, de forma que la solución legal se privilegia frente a la solución justa». Lo cual es cierto salvo que se acepte la explicación del juego del principio de contención judicial por las razones expuestas. Por lo demás, quizás convenga tener en cuenta que tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, el art. 138 bis habla de procedimiento «para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente», en consonancia con lo establecido en el art. 34.8 del ET.

2008)⁸⁷. El objeto del recurso, en esencia, consistía en determinar si procedía el reconocimiento de la pensión de viudedad cuando la pareja del demandante del mismo sexo y con el que convivía «*more uxorio*» falleció antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 y, por lo tanto, antes de que hubiesen podido contraer matrimonio. De hecho el recurrente reprochaba a la ley la inexistencia de una regulación transitoria similar a la establecida en la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio. La mayoría rechaza la pretensión argumentando que nada se establecía en la ley al efecto⁸⁸ y rechazando que estemos ante un supuesto de discriminación. En efecto, la posición mayoritaria reconoce la existencia de una «nueva sensibilidad derivada de una nueva realidad social» frente a las parejas homosexuales⁸⁹. Y en aplicación de esta nueva sensibilidad lo que ha hecho el legislador ha sido «ampliar el campo de los derechos de las parejas homosexuales para equipararlas a la heterosexuales, con un acto legislativo nuevo y radicalmente innovador». Entiende por ello la Sala que lo que ha hecho la ley no es eliminar una discriminación preexistente, sino instaurar algo nuevo, «eliminando la concepción que estimó anticuada acerca de la naturaleza de las relaciones de convivencia entre parejas de un mismo sexo, y construyendo con ello un nuevo marco de derechos y deberes que antes no tenían las parejas homosexuales, todo ello con carácter constitutivo... si el legislador hubiera querido darle aplicación retroactiva lo hubiera dicho». Es decir, el legislador ha instaurado un nuevo sistema de convivencia cuando ha

estimado «que la sociedad estaba preparada para introducir tal innovación». Tesis no compartida por la minoría de la Sala que entiende que existe una discriminación y, por lo tanto, una lesión de un principio ético-jurídico, proponiendo en consecuencia un desarrollo del Derecho que se traduzca en la estimación de la pretensión.

Ahora bien, con independencia de cual sea el juicio que merezca la ley, en nuestra opinión, desde un punto de vista de aplicación del Derecho, la posición mayoritaria es correcta⁹⁰. En efecto, no hay discriminación —en caso de haberla la Sala debería haber actuado desarrollando el Derecho—, sino que lo que existe es un paulatino desarrollo de políticas de igualdad que el legislador —se comparta o no su posición— va estableciendo de forma gradual en la sociedad. Partiendo de estas premisas, el Tribunal, aunque considere razonable la pretensión del recurrente, debe aplicar la regla de contención judicial.

5. CONCLUSIONES

Hemos tratado de exponer como el nuevo modelo de colaboración judicial exige una participación activa, que no «activismo»⁹¹, de

⁹⁰ E. DESDENTADO DAROCA, «Homosexualidad y pensión...», *opus cit.*: «La cuestión es controvertida, aunque a la hora de abordar el problema se debe distinguir con claridad entre la interpretación de la norma y su valoración crítica, dos dimensiones que no pueden confundirse».

⁹¹ No obstante, no siempre puede decirse que el «activismo» sea negativo pues como dice L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...*, *opus cit.*, p. 90: «Los peores fracasos de los jueces han sido típicamente errores por omisión, casos en los que se imponía un papel judicial más activo». Sobre el activismo puede verse T. SOWELL, *Judicial activism reconsidered*. Hoover Institution/Stanford University y C. WOLFE, *From Constitutional Interpretation to Judicial Activism: the transformation of Judicial Review in America*, The Heritage Foundation. Especialmente este último artículo muestra la vinculación entre el activismo y el avance en las técnicas de interpretación. Ciertamente la posibilidad de que los jueces desarrollen el Derecho supone un riesgo de acti-

⁸⁷ Sobre el tema, E. DESDENTADO DAROCA, «Homosexualidad y pensión de viudedad. Una reflexión crítica sobre los problemas de Derecho transitorio», *Rev. Aranzadi Social* nº 10/2009, BIB 2009/865.

⁸⁸ No se discutió en ningún momento el alcance de la Disposición Adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

⁸⁹ Sobre el tema puede verse J. RACHELS, *Introducción a la filosofía moral*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 2007, pp. 62 y ss.

los Jueces en la concretización y desarrollo del Derecho. Generalmente matizando el alcance de las leyes y corrigiendo sus inevitables lagunas; pero también, con prudencia y cuando es necesario, desarrollando el Derecho. Prudencia que se debe traducir en la aplicación del principio de contención con el fin de no invadir competencias legislativas.

La relación entre interpretación, corrección de lagunas, desarrollo del Derecho y contención judicial es fluida, siendo posible que en aplicación de estos criterios se cometa algún error por exceso o por defecto. Pero el Derecho es como es y como señaló Aristóteles «un espíritu ilustrado no debe exigir en cada género de objetos más precisión que la que permita la naturaleza misma de la cosa de que se trate; y tan irracional sería exigir a un matemático una mera probabilidad⁹², como exigir a un orador demostraciones en forma»⁹³. Y no debemos olvidar que, al menos en los casos difíciles, «junto a criterios hermenéuticos que admiten una considerable objetivación, hay otros en los que la ‘objetividad’ de la norma ‘no es actuable sino a través de la subjetividad del intérprete’»⁹⁴. Sólo el tiempo

⁹² ARISTÓTELES no conoció el desarrollo de la «teoría de las probabilidades». Sobre el tema M. KLINE, *Matemáticas para los estudiantes de humanidades*, Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 518 y ss.

⁹³ ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, Ed. Espasa-Calpe SA, Madrid 1981, p. 59.

⁹⁴ A. MARTÍN VALVERDE, «*Jurisprudencia y casación para la unificación de doctrina*», Ed. Universidad de Oviedo 2009, p. 24. Continúa el autor desarrollando su idea razonando que: «Al primer grupo [criterios objetivos] de criterios o instrumentos de interpretación pertenecen el análisis gramatical y la averiguación de los antecedentes históricos y legislativos. En el segundo grupo de criterios hermenéuticos encontramos por una parte la llamada ‘interpretación evolutiva’, que tiene en cuenta, en los términos del art. 3 del Código Civil, ‘la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas’ las normas, y por otra parte la aplicación analógica, que extiende el campo de acción de ciertas normas legales a supuestos no previstos en ellas, con el propósito de integrar o colmar las lagunas de regulación apreciadas por el propio intérprete. En un terreno intermedio se localizan el cri-

terio interpretativo del ‘contexto’ de la norma interpretada (criterio de la denominada ‘interpretación sistemática’), que depende de la configuración del ordenamiento tal y como es reconstruida por el intérprete, y el criterio de la ‘finalidad’ de la norma (‘interpretación finalista’), finalidad que unas veces ha sido explicitada por el legislador, pero que otras veces, probablemente las más, debe ser averiguada por el propio intérprete».

La configuración del Juez como colaborador supone atribuir al poder judicial funciones de desarrollo del Derecho. Pero a diferencia del legislador que en su función también de desarrollo se encuentra limitado por la Constitución, el Juez se encuentra limitado por la Constitución, la ley y los principios generales del Derecho. Es fundamental destacar que el Juez es intérprete y que ello implica siempre una sumisión a las fuentes que lo vinculan, la cual debe estar en condiciones de justificar. Interpretar y desarrollar el Derecho no es equivalente a libre creación, sino sumisión a las fuentes legales, pues como señala Gadamer «la tarea de comprender e interpretar sólo se da allí donde algo está impuesto de forma que, como tal, es no abolible y vinculante»⁹⁵. Incluso lo que hemos llamado «desarrollo del Derecho más allá de la ley» tiene límites. En concreto el límite radica en la necesidad de justificar la decisión con base a «consideraciones específicamente jurídicas»⁹⁶, debiendo abstenerse de

terio interpretativo del ‘contexto’ de la norma interpretada (criterio de la denominada ‘interpretación sistemática’), que depende de la configuración del ordenamiento tal y como es reconstruida por el intérprete, y el criterio de la ‘finalidad’ de la norma (‘interpretación finalista’), finalidad que unas veces ha sido explicitada por el legislador, pero que otras veces, probablemente las más, debe ser averiguada por el propio intérprete».

⁹⁵ H-G GADAMER, *Verdad...*, *opus cit.*, p. 401.

⁹⁶ K. LARENZ, *Metodología*, *opus cit.*, p. 426. O. FISS, *El Derecho como razón...*, *opus cit.*, p. 33: «La capacidad de los jueces para hacer aportaciones especiales a nuestra vida social no se deriva de sus conocimientos o de sus rasgos personales sino de la definición del oficio que les ha correspondido desempeñar y a través del cual ejerce el poder. Este oficio está estructurado por factores ideológicos e institucionales que permiten –y tal vez, obligan– a los jueces a ser objetivos: no deben anteponer sus preferencias y creencias personales, o las de la ciudadanía, acerca de lo que es justo o correcto, a la búsqueda constante del significado verdadero de los valores constitucionales».

desarrollar el Derecho cuando solo se trata de «cuestiones de oportunidad o cuando se requiere una decisión política del legislador»⁹⁷.

Ahora bien, ¿es razonable atribuir tales funciones a los Jueces? En nuestra opinión, por encima de todo y en primer lugar, es inevitable⁹⁸. Ahora bien, también creemos que es conveniente la consolidación de un modelo de colaboración que permita a los Jueces participar en la determinación del Derecho⁹⁹. En efecto, el proceso es un instrumento a través del cual se materializa la queja¹⁰⁰ –la reclamación o protesta–. A través del mismo cualquier ciudadano¹⁰¹ puede «quejar-

se» de la injusticia de su situación y someter a crítica la ley, ya sea por considerarla incompleta o por no contemplar su especial situación, etc. Que unos órganos dotados de imparcialidad¹⁰² examinen con arreglo a principios jurídicos su pretensión y traten de dar una solución universal¹⁰³ a su situación en el margen establecido por la Constitución, las leyes y el ordenamiento jurídico es, sin duda, esencial para la configuración justa¹⁰⁴ de la sociedad. Ciertamente dichos órganos pueden cometer excesos y desviarse de los límites que tienen conferidos, pero sobre todo en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, existen mecanismos para su corrección y, en todo caso, los beneficios son mayores que los perjuicios¹⁰⁵. Es en el Juez donde confluyen las circunstancias del caso, la ley y los principios generales del Derecho elaborados por nuestra tradición jurídica, produciéndose una positiva adaptación al supuesto de hecho, desarrollando el sentido de la ley y minimizando sus deficiencias e incluso, cuando es necesario, acudiendo a fuentes distintas a la ley para la solución del caso. Creando una experiencia jurídica positiva que puede ser aprovechada por todos los poderes del Estado, en especial, por el poder legislativo que resulta de este modo

⁹⁷ K. LARENZ, *Metodología...*, *opus cit.*, p. 426. Señala LARENZ que: «Los tribunales debían tomar muy en serio este límite, incluso en interés de su propia autoridad. En otro caso existiría el peligro de que sus juicios fueran interpretados como toma de partido ante la divergencia de opiniones políticas, y de que ya no fueran aceptados como enunciados fundados en Derecho. No precisa explicación alguna que, con ello, el Estado de Derecho habría caído en una crisis de confianza».

⁹⁸ A. MARTÍN VALVERDE, *Jurisprudencia y casación...*, *opus cit.*, p. 19: «El papel protagonista de la jurisprudencia se gesta, como ha destacado LUHMAN, en el momento mismo en que se comprueba la imposibilidad práctica del *reféré législatif* o consulta al legislador de los casos difíciles generados por la aplicación de los textos que el propio legislador ha aprobado. Desde ese momento el protagonismo de la jurisprudencia no ha hecho más que aumentar debido a la complejidad creciente de los ordenamientos jurídicos».

⁹⁹ L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...*, *opus cit.*, p. 90: «La colaboración entre el poder constituyente, que típicamente establece principios generales, y el intérprete judicial, que se ocupa de dar contenido u definir con detalle los principios generales enunciados en un texto, es un elemento central de nuestra práctica constitucional. La teoría basada en la justicia se fundamenta en la creencia de que esa colaboración, a lo largo del tiempo, proporciona una orientación razonablemente buena para la satisfacción de las exigencias más básicas de la justicia política».

¹⁰⁰ J. GUASP, *La pretensión procesal*, Ed. Civitas, Madrid 1985.

¹⁰¹ O. FISS, *El Derecho como razón...*, *opus cit.*, p. 33: «Los jueces no controlan por completo a quienes deben escuchar».

¹⁰² L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...*, *opus cit.*, p. 92: «Los jueces son considerablemente más independientes frente a la presión de la opinión pública que las autoridades públicas elegidas».

¹⁰³ L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...*, *opus cit.*, p. 92: «Cuando un litigante acude a un Juez, reclama el reconocimiento de un derecho a partir de un esquema de principios, en el marco del cual otras personas se han beneficiado en el pasado o se beneficiarán en el futuro».

¹⁰⁴ Como señala G. ZACCARIA, *Razón jurídica e interpretación*, Ed. Civitas, Madrid 2004, p. 3: «Justo en el sentido de que la decisión satisfaga la justicia material y, al mismo tiempo, pueda integrarse en el sistema jurídico positivo», es lo que ha dado en llamar «derecho justo».

¹⁰⁵ O. FISS, *El Derecho como razón...*, *opus cit.*, p. 35: «Los tribunales, al igual que las otras ramas del poder público, pueden tener dificultades en la tarea de dar a un valor constitucional su significado correcto. La historia está plagada de errores tanto legislativos y ejecutivos como judiciales».

enriquecido en su labor. Por estas razones «el juicio normativo independiente [de los jueces] es esperado y bienvenido»¹⁰⁶. La configura-

ción abierta del sistema con participación judicial no es, por lo tanto, un defecto, sino una virtud.

¹⁰⁶ L. G. SAGER, *Juez y Democracia, Una teoría...*, *opus cit.*, p. 94.

RESUMEN Desde la Revolución francesa hasta la actualidad se ha venido produciendo un profundo cambio en la comprensión de la función judicial. El modelo de un Juez entendido como un autómatas en la aplicación de la ley ha sido superado, no sólo porque la doctrina ha demostrado que el proceso de «subsunción» tal y como se entendía era falso, sino también porque el modelo constitucional ha generado un nuevo modelo de Juez: el Juez colaborador. Dentro de este modelo, se espera que el Juez participe en la consolidación de la justicia del ordenamiento jurídico y que, siempre inspirado por los principios y valores constitucionales, concrete creativamente el significado de la ley y desarrolle, en su caso, el Derecho. El modelo está dando un buen resultado y probablemente ha contribuido a un renacer de la cultura jurídica en el que el papel de los Jueces cobra gran relevancia. En el campo laboral, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y, en general, todos los órganos que integran la jurisdicción social ordinaria, en su práctica diaria, muestran su claro compromiso con los valores constitucionales y aplican su oficio a lograr la mayor justicia posible del sistema. Ciertamente en su labor, los Tribunales, como el resto de los poderes del Estado cometen errores, pero en nuestra opinión el balance es, en general, positivo. A la exposición del cambio de modelo y de las técnicas utilizadas por el Tribunal Supremo para concretar y desarrollar el Derecho en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico se dedica este estudio.

ABSTRACT From the French Revolution to the current day, a profound change has been taking place in the understanding of the judicial function. The model of a judge understood as an automaton in the enforcement of the law has been overcome, not only because doctrine has proved that the process of «subsumation», as it was previously understood, was wrong, but also because the constitutional model has generated a new model for judges: the collaborative judge. Within this model, the judge is expected to take part in the consolidation of the legal system's justice and, always inspired by constitutional values and principles, to express the meaning of the law creatively and to develop Law, if applicable. The model is bearing fruit and it has helped towards the rebirth of a legal culture in which the role of judges takes precedence. In the labour field, the Chamber for Social and Labour Matters of the Supreme Court and, in general, all courts that are part of the ordinary social jurisdiction, show in their daily operation a clear commitment to constitutional values, and apply themselves to achieve the greatest possible justice within the system. Undoubtedly, courts, as the rest of the State powers, make mistakes, but, in our opinion, the balance is generally positive. This paper tackles the explanation of the change of model and the techniques used by the Supreme Court to specify and develop Law in its enforcement of the legal system.

La aplicación del Derecho del Trabajo y la Administración. La función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

FERNANDO SOMOZA ALBARDONEDO*

Es indudable que al referirse a la aplicación del Derecho del Trabajo, por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en España, estamos contemplando la vigilancia y fiscalización que del cumplimiento de las normas en esta materia llevan a cabo los empresarios y trabajadores en sus relaciones laborales.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social no aplica directamente la normativa sustantiva, su función es garantizar que los llamados a ponerla en funcionamiento lo hagan correctamente.

1. ANTECEDENTES

La necesidad de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas es un sentimiento muy antiguo.

El 6 de febrero de 1593 consta que se inició una inspección a las Minas de Almadén,

en la que se investigaron las condiciones de vida y de trabajo de los que realizaban labores en las mismas.

Sobre esta materia podemos encontrar numerosos preceptos en las propias Leyes de Indias. A tal efecto, hay noticia de una visita girada en el distrito de Mérida, en Nueva Granada, efectuada a requerimiento de la Real Cédula de 1609.

Dicha visita tuvo una duración de once años, poniendo remedio a los abusos que padecían los indios. Se dictaron 126 sentencias y se aplicaron numerosas sanciones e indemnizaciones contra quienes se habían excedido en sus derechos.

Esta visita de inspección dio lugar al Ordenamiento de Mérida, de 17 de agosto de 1620.

Dando un salto gigantesco en el tiempo, ya dentro del siglo XIX se promulga nuestra primera disposición de carácter laboral, la Ley de 24 de julio de 1873, y las Cortes constituyentes encomendaron su vigilancia a unos jurados mixtos de obreros, fabricantes,

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

maestros de escuela y médicos, bajo la presidencia de los Jueces Municipales.

La Ley, al referirse a los Jurados Mixtos lo hace sin perjuicio de la inspección que a las autoridades y Ministerio Fiscal compete en nombre del Estado.

Ya en el siglo XX, el 19 de febrero de 1904 se aprobó, por Real Decreto, un Reglamento Provisional de la Inspección Industrial, pero se comienza a sentir la necesidad de crear un Cuerpo Inspector de las relaciones laborales

2. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA INSPECCION DE TRABAJO

El origen y evolución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en España hay que situarlo en la formación misma y el desarrollo del Derecho del Trabajo en nuestro país.

El Real Decreto de 23 de abril de 1903, creador del Instituto de Reformas Sociales además de preparar la legislación del trabajo, cuida de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección.

El Reglamento del mencionado Instituto, aprobado por Real Decreto de 15 de agosto de 1903, al regular su organización establecía entre sus dependencias técnico administrativas una Sección Segunda, de Inspección, a la que competía, entre otras funciones, todo lo concerniente a la aplicación de las leyes sociales, tanto vigentes como futuras y «la organización general y especial del servicio de inspección».

La reorganización del Instituto de Reformas Sociales fue llevada a cabo por el Real Decreto de 14 de octubre de 1919 que seguía atribuyendo a dicho organismo la función de cuidar de lo sancionado por las leyes mediante la inspección.

La creación de la Inspección de Trabajo se llevó a cabo el 1 de marzo de 1906. Es, por tanto, un Cuerpo ya centenario.

Un Real Decreto de la mencionada fecha aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, a la que se encomendó la vigilancia del cumplimiento de la Ley de Accidentes de 30 de enero de 1900, de la Ley sobre el trabajo de mujeres y menores de 13 de marzo de 1900, de la Ley de Descanso Dominical de 3 de marzo de 1904 y de cuantas disposiciones se dictasen en el futuro en materia laboral.

Es interesante resaltar que era objeto de regulación ya en aquel momento «la obstrucción al servicio de la inspección», entendido como «todo acto que, en general, impida, perturbe o dilate el servicio de inspección dando lugar a la multa correspondiente y, en su caso, a la acción penal».

El Real Decreto de 28 de enero de 1908, encomienda a la Inspección de Trabajo la función de velar por el cumplimiento de la normativa laboral.

Nace así la Inspección de Trabajo, que con el paso del tiempo ha llegado a tener las amplísimas funciones que desarrolla en el momento actual.

En la segunda mitad del siglo XIX surgieron en Europa, como consecuencia de la revolución industrial, una serie de transformaciones sociales y ahí tuvo su origen la Inspección de Trabajo, con el objetivo de vigilar el cumplimiento de las primeras disposiciones que dictaron los países para la protección de los trabajadores, en materia de seguridad e higiene en el trabajo y de manera especial sobre las condiciones de empleo de mujeres y menores.

El Tratado de Versalles, del año 1919, estableció en su artículo 427 que «cada Estado deberá organizar un servicio de inspección, con el objeto de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores».

El Ministerio de Trabajo fue creado en el año 1920, con el propósito de aunar cuantos

Centros y Organismos dependientes del Estado y agregados a distintos Ministerios dedicaban su actividad, en aquel momento, a la acción social en relación con el mundo del trabajo.

Un Real Decreto de 24 de mayo del mismo año estableció, entre las diversas funciones del Ministerio, la de la «inspección de trabajo».

Dicho Ministerio recibió, a lo largo de los años, distintas denominaciones, pero independientemente de ello, la Inspección de Trabajo siguió encuadrada en el mismo hasta el momento presente.

La Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931 determinaba en su artículo 15.1ª que: «La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia».

El 21 de enero de 1921 se promulgó el Reglamento del Retiro Obrero Obligatorio, apareciendo por primera vez en nuestra legislación laboral la obligación de ingresar por parte de los empresarios una cuota por sus trabajadores y de afiliar a éstos en un régimen de previsión.

Ello requiere el establecimiento de un sistema de inspección que vigile el cumplimiento de la obligación mencionada.

El 24 de julio de 1921 se publica, con carácter provisional, el Reglamento de la Inspección de Seguros Sociales, pero la ampliación de funciones encomendadas a estos Inspectores hizo necesaria la publicación del Decreto de 28 de julio de 1935 y del Reglamento de 13 de septiembre del mismo año, que sustituyen a la anterior normativa provisional y reorganizan la Inspección de los Seguros Sociales.

La Ley de Emigración de 21 de diciembre de 1907, desarrollada por el Reglamento de

30 de abril de 1908 creó la Inspección de Emigración al objeto de que realizase una intervención y una vigilancia de las condiciones en que se desarrollaba la emigración.

Con similar planteamiento la Ley y Reglamento de Emigración del año 1924, consolidan la mencionada Inspección de Emigración.

En el año 1939 la Inspección de Trabajo absorbió a la de Emigración, constituyendo el Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo.

La Ley de 15 de diciembre de 1939, desarrollada por Decreto de 13 de julio de 1940 estableció el régimen orgánico de la Inspección de Trabajo.

La Inspección Técnica de Previsión Social, creada por Decreto de 1 de mayo de 1944, tuvo su origen en el Cuerpo de Inspectores de Entidades Aseguradoras de Accidentes de Trabajo y de Instituciones de Previsión, creado por el Decreto de 9 de marzo de 1940, que inspeccionaba a las entidades aseguradoras de Accidentes de Trabajo, a las organizaciones provinciales y locales encargadas de la ejecución y cumplimiento de las leyes sobre seguros sociales y a las constituciones de previsión de carácter privado.

Dos importantes Convenios de la OIT, el 81 y el 129, fueron ratificados por España, implantándose los nuevos principios en que debían de basarse los sistemas de inspección.

El Convenio 81 sobre la Inspección de Trabajo en la Industria y en el Comercio fue adoptado en la trigésima reunión de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), en fecha 11 de julio de 1947 y ratificado por España el 14 de enero de 1960, y se le encomienda, a dicha Inspección, el «velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre las horas de trabajo, salarios, seguridad,

higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines en la medida en que los inspectores de trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones». (Artículo 3º 1.a).

El Convenio 129, relativo a la Inspección de Trabajo en la Agricultura fue adoptado en la reunión número cincuenta y tres de la OIT, en fecha 25 de junio de 1969 y ratificado por España el 11 de marzo de 1971.

En su artículo 2º señala que en dicho Convenio la expresión «disposiciones legales» comprende, además de la legislación, los laudos arbitrales y los contratos colectivos a los que se confiere fuerza de Ley y de cuyo cumplimiento se encargan los inspectores de trabajo.

La adaptación de nuestra normativa a las disposiciones internacionales mencionadas dio lugar a la promulgación de la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo, volviendo a unificar con la Inspección de Trabajo, la Inspección Técnica de Previsión Social creada por Decreto de 1 de mayo de 1944.

Durante su vigencia se produjeron sucesivas modificaciones en la estructura de la Inspección de Trabajo, haciéndose necesario, con el paso del tiempo, acometer una reforma dirigida a actualizar y unificar la normativa relativa a la misma.

La nueva Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social fue aprobada el 14 de noviembre de 1997 (Ley 42/1997). Perfecciona la adecuación con el sistema constitucional de derechos y libertades.

Por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social es definido como el «conjunto

de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas laborales, de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; colocación, empleo y protección por desempleo; cooperativas, migración y trabajo de extranjeros y de cuantas otras materias le sean atribuidas».

Por ello, en la actualidad, la Inspección de Trabajo tiene una amplísima gama de competencias, en las que se incluyen las funciones de fiscalización, asesoramiento e informes, a las que se añaden las intervenciones conciliadoras, mediadoras o arbitrales, en las situaciones de conflicto.

En el artículo 8 de la Ley 42/1997, se determina que las funciones inspectoras de apoyo, gestión y colaboración con los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social corresponden a los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, bajo la dirección y supervisión técnica del Inspector de Trabajo y Seguridad Social responsable del equipo al que estén adscritos, sin perjuicio de su dependencia de los órganos directivos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La función originaria de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es sin duda alguna la de la fiscalización del cumplimiento de la normativa social, que es muy amplia, ya que en la misma están incluidas las disposiciones laborales propiamente dichas, las de seguridad e higiene en el trabajo, (o en denominación más actual, prevención de riesgos y salud laboral), las de Seguridad Social, con la doble vertiente sancionadora y liquidatoria, así como las de empleo, migraciones, extranjeros y las relativas a Cooperativas y otras formas de economía social.

El artículo 3.1. de la Ley 42/1997 establece que la vigilancia que ejerce la Inspección de Trabajo y Seguridad Social recae sobre «las normas legales, reglamentarias y conte-

nido normativo de la convenios colectivos», en relación con las materias mencionadas.

Por lo tanto, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se ocupa de comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenidas, en el Orden Social.

Su ámbito de actuación, está regulado en el artículo 4 de la Ley 42/1997 y se extiende a las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas y a las comunidades de bienes, en cuanto sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas de orden social y se ejerce en las empresas, los centros de trabajo y en general los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando estén directamente regidos o gestionados por las Administraciones públicas o por entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de ellas.

Igualmente se ejerce en los vehículos y medios de transporte en general, en los que se preste trabajo, incluidos los buques de las marinas mercante y pesquera, los aviones y aeronaves civiles, así como las instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias en tierra para el servicio de aquéllos.

Asimismo ejerce su actuación en los puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida, escala y destino en lo relativo a los viajes de emigración e inmigración interior, sin perjuicio de lo indicado anteriormente, como centros de trabajo.

También la ejerce en las entidades y empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social y en las entidades públicas o privadas que colaboren con las distintas Administraciones públicas en materia de protección y promoción social, así como en las sociedades cooperativas, en relación a su constitución y funcionamiento y al cumplimiento de las normas de orden social en relación a sus socios trabajadores o socios de tra-

bajo, y a las sociedades laborales en cuanto a su calificación como tales, sin perjuicio de lo que establezca la legislación aplicable a la materia.

El propio artículo 4, en su apartado 2, señala que no obstante lo dicho anteriormente, los centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas continuarán rigiéndose por su normativa específica, sin perjuicio de la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las materias no afectadas por la misma.

3. ASISTENCIA TECNICA

Además de la función fiscalizadora, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene encomendada una labor importante de asesoramiento y asistencia técnica a empresarios y trabajadores. Dichas funciones no están sometidas a un procedimiento determinado, por lo que no hay que seguir ninguna formalidad específica.

El origen de estas funciones hay que encontrarlo en los Convenios de la OIT, en los que ya se establecía que entre los cometidos de la Inspección de Trabajo se encuentra el de «facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales». [Artículo 3º 1 b) del Convenio 81 de la OIT y artículo 6º 1 b) del Convenio 129 de la OIT].

En el momento actual la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, señala en el apartado 2.1 del artículo 3º como una función de asistencia técnica «facilitar información técnica a empresarios y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora».

El término «ejercicio de la función inspectora», habría que entenderlo en sentido amplio, no sólo referido a la visita al centro de

trabajo sino también a las actuaciones de comprobación o cuando el funcionario/a actuante tiene contactos con empresarios, trabajadores o representantes de los mismos, cuando acuden a las oficinas de la Inspección, o se formulan preguntas por escrito, a las cuales se da la oportuna respuesta.

La asistencia técnica, en base a lo indicado, puede ser verbal o escrita y no tendrá carácter vinculante, ya que se trata de consejos o asesoramientos para ayudar a un mejor cumplimiento de la normativa laboral.

4. MODALIDADES DE ACTUACION

Las actuaciones inspectoras y de asistencia técnica pueden desarrollarse mediante las siguientes modalidades:

- **Expediente administrativo:** Cuando de su contenido se deduzcan los elementos suficientes de comprobación y de convicción para iniciar y concluir la actuación inspectora, que podrá seguirse, en general, mediante la comprobación de antecedentes o datos que obren en las Administraciones públicas y que permitan verificar el cumplimiento de la normativa aplicable.

A tal fin la Inspección podrá acceder a tales datos y antecedentes y proceder a cruces informáticos.

- **Comprobación:** Comparecencia de los sujetos obligados ante el funcionario/a actuante en la oficina pública que éste señale, (generalmente la propia sede de la Inspección de que se trate), en virtud de requerimiento, con o sin aportación de información documental o en soporte informático, en su caso, con expresión en el requerimiento de la documentación que deba ser objeto de presentación, o para efectuar las aclaraciones pertinentes.

El requerimiento ha de ser efectuado por escrito y puede ser notificado directamente,

si se formula con ocasión de la visita al centro de trabajo o por cualquier forma de notificación válida.

- **Visita:** De uno o varios funcionarios, durante el tiempo que se estime necesario, pudiendo entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y permanecer en el mismo. Como se indicó anteriormente, la actuación inspectora puede proseguir en virtud de requerimiento, para que se aporte la documentación correspondiente ante el funcionario actuante.

De las tres formas de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: visita, comprobación o expediente administrativo, esta última no plantea obviamente situaciones de conflictividad que den origen a especiales actuaciones.

La comprobación, en general, tampoco, pero en determinados momentos puede motivar actuaciones en materia de obstrucción por demora en la presentación de documentación y otras perturbaciones o resistencias a la actuación inspectora.

Es por tanto en las actuaciones mediante visita en dónde pueden producirse las situaciones que conviene analizar más detenidamente.

El Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

El artículo 9. 3. del mismo establece que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar la actuación inspectora.

Las actuaciones comprobatorias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a un

mismo sujeto no podrán dilatarse por un período superior a nueve meses continuados, salvo dilaciones imputables al sujeto inspeccionado o a personas dependientes del mismo.

Dichas actuaciones, una vez iniciadas, no podrán interrumpirse por tiempo superior a tres meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o personas de él dependientes.

Los Inspectores/as, en cualquier momento del desarrollo de sus actuaciones, podrán adoptar las medidas cautelares que estimen oportunas y sean proporcionadas al fin que se persiga, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación inspeccionada, siempre que no se cause perjuicio de difícil o imposible reparación a los sujetos responsables o implique violación de derechos.

Los procedimientos sancionador y liquidatorio, se iniciarán siempre de oficio por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en la propia Ley Ordenadora 42/1997 y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en relación con las deudas por cuotas a la Seguridad Social y conceptos de ingreso conjunto con éstas, podrá formular propuestas de liquidación, actas de liquidación y requerimientos en los supuestos y con el alcance que se establece en el Capítulo VI del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

El artículo 35 de la mencionada disposición determina que, cuando en el ejercicio de su función, la Inspección comprobare la existencia de deudas por cuotas a la Seguridad Social o conceptos asimilados podrá requerir a quien estime sujeto responsable de su pago para que proceda a su ingreso efectivo, absteniéndose de iniciar expedientes sancionador y liquidatorio a resultas de su cumplimiento.

5. LA VISITA DE INSPECCIÓN

Sin duda la visita de inspección es la actuación más significativa de la función inspectora y la que la distingue de cualquier otra actuación administrativa.

Es también el momento en el que el carácter y la actitud del Inspector se muestran más visibles y cobran más importancia.

Por ello es conveniente contemplar cómo puede producirse la actuación inspectora y las consecuencias que puedan derivarse de la misma.

La Inspección es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social. Realiza una función en beneficio de la comunidad.

Ante cualquier actuación es necesario que la misma se documente suficientemente, con lo que en el momento de la visita se pueda disponer del mayor número de elementos de juicio.

Es indudable que los funcionarios/as actuantes tendrán unas características personales que podrán ser muy diversas, pero sin embargo la línea de actuación debe de estar marcada por unos parámetros de aplicación homogéneos.

La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como Órgano a quien compete la dirección, coordinación y fiscalización de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de sus facultades establecidas legalmente, lleva a cabo la realización de estadísticas, informes y memorias sobre la actuación del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que serán únicos cuando se refieran al ámbito general del territorio del Estado o tengan por destinatarios órganos supranacionales o internacionales.

Puede dictar Instrucciones o Circulares sobre temas diversos, con la consideración de

directrices o normas aclaratorias de actuaciones o procedimientos dirigidos a quienes tienen que aplicarlas.

Asimismo dicha Autoridad Central define los Criterios Técnicos y Operativos comunes para el desarrollo de la función inspectora, en aplicación de los objetivos de carácter general que defina la Conferencia Sectorial y conoce las cuestiones que se susciten ante el Departamento, por las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, conforme a lo establecido en los apartados 3.7 y 3.12 del artículo 18 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

A su vez el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Procedimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social señala en el artículo 9.1 que los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social servirán con objetividad los intereses generales y actuarán de acuerdo a los principios constitucionales de eficacia y jerarquía, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes.

En el artículo 47.5 del mismo Reglamento se señala entre las competencias de la Autoridad Central, la de adoptar las medidas para la efectividad del principio de unidad institucional de criterio técnico e interpretativo en las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como definir los criterios técnicos y operativos comunes para la función inspectora en desarrollo de los objetivos generales que defina la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales.

En el caso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la normativa que tiene que aplicar es muy amplia, no exenta de dificultades en su interpretación, existiendo un margen de cierta discrecionalidad por lo que es conveniente que existan unas directrices que,

al tiempo que facilitan las actuaciones, las hacen más homogéneas.

El punto de partida a tener en cuenta es que la visita de inspección se produce en el domicilio de la empresa o de sus centros de trabajo y que el empresario, en consecuencia, está en su casa. Son sus propias instalaciones y el entorno que él mismo ha creado y por ello se encuentra rodeado por medios físicos que le son familiares, y por un equipo que le arroja.

El Inspector/a accede a las instalaciones empresariales porque la Ley le faculta para ello, y de ahí parte toda su actuación posterior.

Sin embargo debe pensar que, en principio, su visita puede ser incómoda, no es un invitado, es una persona que no ha sido llamada, salvo circunstancias determinadas en que su presencia se deba a solicitud de las partes para un asesoramiento en común, o tareas de mediación.

Cada Inspector/a tendrá su propia personalidad, podrá ser más o menos dialogante, pero nunca prepotente. Su actuación tiene que estar marcada por la objetividad, la imparcialidad y el cumplimiento estricto de la ley.

Los Inspectores/as gozan en el ejercicio de sus competencias de plena autonomía técnica y funcional, fundamentada en la objetividad y rigor técnico de cada actuación y en el respeto a los principios constitucionales de eficacia y jerarquía con sometimiento pleno a la ley y al derecho y con sujeción a los criterios técnicos y directrices a los que nos hemos referido en párrafos anteriores.

Lo normal es que la presencia del funcionario/a actuante en la empresa se deba a una orden superior, a una denuncia o a su propia iniciativa.

La actuación por orden superior de autoridad competente, tanto de la Administración

General del Estado como de la Autonómica, se realiza a través de la Jefatura de la Inspección Provincial o, en su caso, de las Unidades Especializadas, que emitirán por escrito la correspondiente orden de servicio con el señalamiento de actuaciones concretas a los inspectores y equipos de inspección.

La actuación puede deberse a petición de cualquier órgano jurisdiccional, cuando determine su objeto, amplitud y finalidad. Por su parte los Juzgados y Tribunales facilitarán a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a petición de la misma, los datos de trascendencia para la función inspectora que se desprendan de las actuaciones en que conozcan y que no resulten afectadas por el secreto sumarial.

Igualmente puede deberse la actuación a petición concreta de los organismos de la Seguridad Social, que podrán recabar la actuación inspectora y encomendar a la Inspección las comprobaciones que resulten necesarias para su gestión cuando correspondan al ámbito de la acción inspectora.

La actuación inspectora puede llevarse a cabo como consecuencia de denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social, siendo la acción pública, debiendo contener el escrito correspondiente, además de los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos, la fecha y el lugar de su acaecimiento, la identificación de los presuntos responsables y demás circunstancias relevantes.

No se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las que manifiestamente carezcan de fundamento ni las que coincidan con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional.

Finalmente, la actuación puede realizarse por propia iniciativa del Inspector/a actuante, debiendo sujetarse a criterios de eficacia y

oportunidad, acomodándose a la programación vigente en la inspección de su destino.

El empresario le considerará como alguien investido de la autoridad suficiente para poder, si hay motivo, sancionarle u ordenarle medidas correctoras.

La ley atribuye a los funcionarios del Cuerpo Superior de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la facultad del derecho a la entrada a los lugares de trabajo, lo que le otorga un conjunto de medios necesarios para poder verificar la existencia de infracciones sobre las materias de su competencia.

Pero esta facultad que le da la ley debe ejercerse de forma legítima de manera que no se menoscaben los derechos fundamentales de los inspeccionados, debiendo garantizarse, con carácter previo, que los administrados no carecen de las garantías suficientes.

Por ello la libertad de actuación del Inspector/a debe encontrarse enmarcada en ciertos límites :

- La entrada en los centros de trabajo es una premisa necesaria para poder ejercer las funciones de vigilancia encomendadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Sin embargo hay un principio que debe tenerse en cuenta: la protección constitucional del domicilio como límite a la actuación inspectora. El punto 1.1º del artículo 7 Real Decreto 138/2000 de 4 de febrero, en relación con el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre establece expresamente el respeto a la inviolabilidad del domicilio.
- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social goza de determinadas prerrogativas, dado el carácter que tiene de autoridad pública para entrar libremente y sin previo aviso en todo establecimiento, centro de trabajo, o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo,

conforme a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley 42/1997, que señala también que si el centro de trabajo sometido a inspección coincide con el domicilio de la persona física afectada deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

5.1. Comunicación de la visita

Una vez que el funcionario actuante decidió practicar la visita al centro de trabajo, está obligado a la notificación de su llegada, bien al empresario o a su representante, o persona inspeccionada, a menos que considere que dicha actuación puede perjudicar el éxito de sus funciones. Esta notificación supone dar a conocer su identidad mediante al documento oficial del que dispone para acreditar su personalidad.

La no identificación puede, en ocasiones, producir la indefensión de las personas inspeccionadas, que podrían realizar manifestaciones o comentarios que seguramente no se llevarían a cabo en caso contrario.

Por ello la facultad que la Ley otorga al Inspector/a para no llevar a cabo la identificación cuando crea que puede perjudicar el éxito de sus funciones, debe ejercitarse de forma restrictiva y suficientemente fundada, no de manera indiscriminada.

En ocasiones, si bien no existe la obligación legal, puede ser conveniente preavisar la visita, ya que en caso de necesitar disponer de documentación o tener que celebrar reuniones con representantes de los trabajadores o con determinados trabajadores (por ejemplo en un supuesto de solicitud de informe de un Juzgado de lo Social, en materia de clasificación profesional), puede facilitar la eficacia de la visita, con la presencia en la empresa del trabajador demandante, de miembros del Comité de Empresa, del jefe directo del trabajador afectado etc.

El funcionario actuante puede hacerse acompañar en las visitas por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente (es evidente que también el propio empresario), que se estimen necesarios para el mejor desarrollo de la función inspectora, conforme dispone el artículo 5.2 de la Ley 42/97.

Esta disposición parece contemplar esta posibilidad como una facultad del que inspecciona y no como un derecho de los que eventualmente puedan acompañarle.

No constituye, por tanto, un deber del Inspector/a, sino una facultad del mismo, ya que cabe la posibilidad de excluir al empresario o a sus representantes de acompañarle en la visita para poder preservar la obtención de los datos más precisos de las comprobaciones que lleve a efecto, ya que quizá la presencia del empresario o sus representantes podría condicionar las manifestaciones de los trabajadores al actuante.

Idéntico criterio habría que aplicar a los trabajadores y sus representantes legales.

Esta es la regulación general, que sin embargo, no es la misma en materia de prevención de riesgos laborales. A tal efecto el artículo 40 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) determina la obligación del Inspector/a de notificar su presencia al empresario o a su representante o a la persona inspeccionada, pero añadiendo que tal comunicación deberá hacerse a fin de que puedan acompañarle durante el desarrollo de la visita y formularle las observaciones que estimen oportunas.

Por ello habría que entender que lo que, con carácter general, es una facultad de la Inspección, aparece aquí como una facultad del empresario, que, de estimarlo oportuno, podrá recorrer las instalaciones junto a los funcionarios/as actuantes.

En todo caso, esta facultad del empresario puede verse atenuada ya que también se contempla legalmente que cuando los actuantes lo consideren conveniente para el éxito de sus funciones inspectoras pueden no notificar su presencia en la empresa en el momento de su llegada, privando al empresario de su facultad de estar presente en el desarrollo de la visita, si bien conviene insistir en el carácter restrictivo que debe darse a esta posibilidad, con lo que lo normal y deseable es que el Inspector/a cuente con la presencia y compañía del empresario o quien lo represente.

El Inspector/a tiene la opción de hacerse acompañar en la visita por los representantes de los trabajadores, teniendo que estimar que esta posibilidad es una potestad del funcionario, pero no un derecho reconocido a los representantes sindicales.

Sin embargo igualmente que se ha indicado antes, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su artículo 40.2 establece el deber del Inspector de comunicar su presencia al Comité de Seguridad y Salud, al Delegado de Prevención o, en su ausencia, a los representantes legales de los trabajadores, a fin de que puedan acompañarle durante el desarrollo de su visita y formularle las observaciones que estimen oportunas. Los beneficiarios de este derecho son en primer lugar los que formen parte de los órganos específicos en materia de prevención en seguridad y salud laboral, y es, en ausencia de los mismos, cuando este derecho pasa a los representantes de los trabajadores.

Lo dicho respecto a los empresarios o sus representantes es válido también en este caso, cuando el funcionario actuante decide no notificar su presencia por estimar que el hacerlo puede perjudicar el éxito de sus funciones, reserva que deberá ejercer, como también se indicó antes, de manera restrictiva.

En el artículo 40.3 de la mencionada Ley de Prevención de Riesgos Laborales se dispone que la Inspección de Trabajo y Seguridad

Social deberá informar a los Delegados de Prevención no sólo de los resultados de la visita, sino también de las medidas adoptadas a consecuencia de la actividad inspectora. Es lógico pensar que, dada la materia, la información se produzca a la mayor brevedad posible, bien verbalmente en el curso de la visita o con posterioridad, en los casos más complejos, mediante el correspondiente informe.

En las demás materias no tiene obligación el Inspector/a actuante de transmitir información a los representantes de los trabajadores, salvo cuando la iniciación de su actividad se haya producido mediante denuncia de los mismos, en cuyo caso deberá informarles por escrito del resultado de su actuación.

Durante la visita el funcionario/a actuante puede requerir información a empresario y trabajadores (solos o ante testigos) sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, pudiendo exigir, igualmente, la presentación de toda la documentación que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, así como la identificación de las personas que se encuentren en el centro de trabajo inspeccionado.

Finalmente el funcionario/a actuante, en el transcurso de la visita puede obtener pruebas materiales, datos técnicos de las empresas, tomar o sacar muestras de sustancias o materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, efectuar fotografías, videos y grabaciones de imágenes y levantar croquis y planos, exigiendo la normativa como único requisito la previa notificación al empresario o su representante, sin que sea necesaria su autorización.

Puede, igualmente, examinar en el centro de trabajo la documentación y los libros de la empresa con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación de orden social y obtener copias y extractos de los mismos.

Lo descrito anteriormente podría plantear la cuestión de si, de algún modo, se está invadiendo alguna parcela empresarial.

Al efecto hay que indicar que esta actuación aparece, por una parte, como un derecho legal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se justifica por la función pública de velar por el cumplimiento de la normativa laboral, lo que permite introducirse en ciertos ámbitos de la actuación de empresarios y trabajadores, y por otra parte comporta los deberes de sigilo y secreto profesionales señalados a la Inspección de Trabajo como consecuencia de su actuación.

5.2. Tipos de infracciones

En el curso de la visita el Inspector/a actuante puede encontrarse con multitud de tipos infractores que constituirán infracciones leves, graves o muy graves.

La relación puede ser muy extensa. A título de ejemplo podemos señalar: Falta de Libro de Visitas; no entrega puntual de los recibos de salarios; carencia de información sobre elementos esenciales del contrato de trabajo; infracciones por no formalización por escrito del contrato de trabajo cuando sea requisito exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador; no consignación en el recibo de salarios de las cantidades realmente abonadas; incumplimiento en la tramitación de finiquitos; transgresión de normas y límites legales o paccionados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extras, descansos, vacaciones, permisos y, en general, tiempo de trabajo; modificaciones de las condiciones sustanciales de trabajo impuestas unilateralmente por el empresario; transgresión de la normativa sobre modalidades de contratación; transgresión de derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales; crédito horario de los mismos; tableros de anuncios; locales para el desarrollo de sus actividades; recaudación de cuotas; distribu-

ción de información sindical y recepción de la misma; establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las reconocidas legalmente o por convenio colectivo; cesión de trabajadores; impago o retrasos reiterados del pago del salario debido; cierre de empresa o cese de actividades temporal o definitivo sin la autorización consiguiente, cuando fuere preceptivo; derecho de reunión; acceso a los centros de trabajo de cargos sindicales; transgresión de los deberes materiales de colaboración que impongan al empresario las normas reguladoras de los procesos electorales a representantes de los trabajadores; transgresión de normas sobre el trabajo de menores; sustitución de trabajadores en huelga; actos contrarios a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores; acoso sexual; discriminaciones, etc.

5.3. Personas presentes en la empresa

A lo largo de la visita, el funcionario actuante puede encontrarse con una serie de personas con misiones concretas, que tiene que tener presente.

En primer lugar el empresario, que en una pequeña empresa será normalmente quien esté presente y, al mismo tiempo, sea el titular del negocio. No tiene por qué poseer conocimientos jurídicos, por lo que el enfoque que pueda darle a los temas tiene que tenerlo muy presente quien esté ejerciendo la función inspectora, en cuanto al diálogo a mantener y la adopción de medidas que considere oportunas.

En la gran empresa, generalmente una sociedad, el contacto lo tendrá el Inspector/a que esté actuando con el Presidente o Director General o muy habitualmente con el Director de Recursos Humanos o de Personal según la organización de la empresa, o personas de dichas áreas o incluso de la Asesoría Jurídica. En éste caso se va a encontrar con profesionales de las materias a inspeccionar, generalmente con buena preparación y cono-

cimientos jurídicos, acostumbrados a recibir inspecciones y con un conocimiento profundo de su empresa, incluyendo al personal de gestión o administrativo, en muchas ocasiones con una trayectoria dilatada en la empresa y que conoce a fondo los datos de personal y económicos de la misma, tanto en materia de nóminas como de Seguridad Social u otros temas laborales, con sistemas de cálculo informatizados y confeccionados *ad hoc* por la empresa para dar respuesta a sus necesidades y al cumplimiento del Convenio Colectivo de aplicación con características propias de la empresa.

Esta es un circunstancia a tener en cuenta por el actuante ya que por una parte podrá dialogar con más facilidad sobre las cuestiones jurídicas, pero se encontrará con unas personas muy preparadas y conocedoras del tema concreto, de ahí que haya que insistir en la conveniencia de la preparación previa de la visita, que no resolverá la situación imprevista que pueda encontrar quien la realiza, pero si el tema concreto objeto de la misma.

Al mismo tiempo se va a encontrar en las empresas con los representantes de los trabajadores, que podrán ser delegados de personal en las empresas más pequeñas, (en las cuales puede ocurrir que por su número incluso no los haya), o miembros del Comité de Empresa en las más grandes, o incluso del Comité Intercentros, en los supuestos en que exista, y también los Delegados Sindicales en su caso.

El contacto con los mismos será necesario o incluso preceptivo, según ya se comentó anteriormente.

Tendrá que tener en cuenta, quien esté actuando, que son personas con planteamientos sindicales, en muchas ocasiones confrontados con la dirección de la empresa, pero con conocimiento de la misma y de los problemas que se hayan planteado. El Inspector/a actuante debe escuchar, dialogar y mantenerse totalmente imparcial en las actuaciones,

teniendo la prudencia necesaria al igual que cuando se reúna con los representantes de la dirección de la empresa, para hacer las manifestaciones precisas que no comprometan actuaciones posteriores.

En otras ocasiones serán los propios trabajadores quienes sean sus interlocutores lo cual, obviamente será más frecuente en la pequeña empresa. Las reglas en cuanto a la actuación deben ser las mismas que las señaladas antes.

5.4. Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales

En una materia tan importante como la prevención de riesgos laborales son infracciones laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En estas materias es donde el Inspector/a actuante debe extremar su diligencia y la adopción de medidas, no sólo por la importancia que su incumplimiento puede tener respecto a la salud o la vida del propio trabajador, que es sin duda lo más importante, sino respecto a las responsabilidades de todo tipo, incluso penales, que puedan derivarse de la actuación.

Por ello una vez formada por el funcionario actuante la convicción sobre el tema, debe actuar con absoluta presteza.

6. PARALIZACION DE TRABAJOS

En el artículo 7.10 de la Ley 42/1997, se contempla la posibilidad de ordenar la paralización inmediata de trabajos o tareas por inobservancia de la normativa sobre preven-

ción de riesgos laborales, de concurrir riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

Esta es una actuación en donde posiblemente puede apreciarse un mayor poder en la acción inspectora y que debe llevarse a cabo con más cautela, ya que cualquier recurso que pueda prosperar produce consecuencias evidentemente distintas, que en otro tipo de actuaciones.

Por tanto aquí es donde el funcionario actuante debe proceder con más prudencia, analizando si es necesario paralizar todo el centro de trabajo o si es suficiente una parte determinada del mismo, según cual sea el riesgo existente.

Sin embargo en este punto es donde, al tratarse de una situación en la que concurre el riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores, dentro de la prudencia a la que se hizo mención anteriormente, una vez claras las circunstancias del caso, la firmeza del Inspector/a debe ser mayor, adoptando la medida con carácter inmediato.

6.1. Otras infracciones

Hay que indicar simplemente, por no alargar la exposición, que otros muchos temas pueden ser objeto de la actuación inspectora: infracciones en materia de empleo; infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias; en materia de Seguridad Social; infracciones de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados; infracciones de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión; en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros; en materia de sociedades cooperativas; e incluso infracciones de los trabajadores en materia de empleo, así como de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones.

Infracciones por obstrucción a la labor inspectora: el artículo 50 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, establece que las acciones u omisiones que perturben, retrasen o impidan el ejercicio de las funciones que, en orden a la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convenios colectivos tienen encomendadas los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad, serán constitutivas de obstrucción a la labor inspectora.

Puede haber momentos en los que el Inspector/a actuante se encuentre en la empresa, con ocasión de su presencia en la misma, con situaciones de conflicto ajenas al motivo de su visita, por ejemplo trabajadores en huelga o un mal clima social derivado de la negociación de un convenio colectivo o de otra materia laboral.

El Inspector/a deber tener en todo momento el control de la situación, teniendo en cuenta las circunstancias de la misma no debiendo tener influencia los estados de ánimo del actuante que nada tengan que ver con la visita.

De cada actuación de la Inspección, el funcionario actuante ha de extender diligencia en el Libro de Visitas, que debe existir en cada centro de trabajo. El citado libro debe estar, de manera permanente, a disposición de la Inspección.

Se puede habilitar la utilización de un Libro de Visitas electrónico, previa autorización de la Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Constituye una infracción por obstrucción la carencia de Libro de Visitas en el centro de trabajo.

7. SIGILO PROFESIONAL Y CONFIDENCIALIDAD

Una importante cuestión a tener en cuenta es el de la confidencialidad, debiendo como

establece el artículo 12.1 de la Ley 42/1997 considerar confidencial el origen de cualquier queja sobre incumplimiento de las disposiciones legales, viniendo igualmente obligados los funcionarios/as actuantes a observar secreto y no revelar, aún después de haber dejado el servicio, los datos, informes o antecedentes de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones salvo en los supuestos que expresamente determina el mencionado artículo 12 en su apartado 2.

Se están contemplando por tanto, en esta disposición, dos situaciones diferentes: el deber de sigilo respecto al origen de la acción inspectora e inicio de la misma y el carácter confidencial de aquello que se haya podido averiguar en el curso de la actuación. Esta segunda obligación aparece como más fácil de cumplir, pero el carácter confidencial de cualquier queja que motive la actuación es más difícil de manejar según las circunstancias.

A tal efecto la denuncia o queja puede venir promovida por los representantes de los trabajadores, por los sindicatos o por un colectivo de trabajadores o un trabajador individual.

En los primeros casos no es infrecuente encontrarse al llegar a la empresa, con el hecho de que la denuncia es públicamente conocida o incluso aparece expuesta en el tablón de anuncios correspondiente, con lo cual el carácter reservado de la misma tiene menos importancia; pero en otras ocasiones no se da esta circunstancia, así como en el caso de actuaciones derivadas de denuncias de un grupo de trabajadores o de uno individualmente, en que el tema no tiene publicidad y el Inspector/a actuante tiene que tener la suficiente habilidad para poder llevar a cabo su función sin hacer revelación alguna. La dificultad mayor o menor estará incluso en función del tamaño de la empresa, ya que la investigación a llevar a cabo será diferente, en general.

En un supuesto de denuncia, por ejemplo de falta de cotización a la Seguridad Social, en la pequeña empresa puede llevarse a cabo una revisión completa de la misma; en una gran empresa tendrá que obtener una muestra suficientemente amplia en la que se encuentre incluido el trabajador afectado.

Sin embargo la denuncia puede ser de materias más complicadas de comprobar que la de la cotización a la Seguridad Social, en las que se requiere hablar con representantes de los trabajadores o personas diversas, como puede ser, por ejemplo, un tema de acoso moral.

En otras ocasiones, la materia no tiene el carácter de confidencial, como por ejemplo la emisión de un informe sobre clasificación profesional, solicitado por la jurisdicción y que tiene señalada fecha del juicio, que requerirá comprobaciones por parte del Inspector/a actuante de las funciones que lleve a cabo el demandante y las correspondientes conversaciones con el mismo, los propios órganos de la empresa y los representantes de los trabajadores, en la mayoría de las ocasiones.

El mantenimiento del sigilo profesional, que hay que respetar estará relacionado con la habilidad del actuante, para obtener la información necesaria sin revelar el origen de su acción inspectora.

8. MEDIDAS DERIVADAS DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA

El Inspector/a en su actuación, conforme a lo establecido en el artículo 7 de la Ley 42/1997, referente a las medidas derivadas de la actividad inspectora, deberá sopesar cual es la más indicada en cada caso, ya que en ocasiones puede ser más acertado o eficaz advertir o requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores. Debe aplicar

siempre un principio de proporcionalidad, existiendo una correlación entre incumplimiento y medidas correctoras.

Los Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social, una vez finalizada la actividad comprobatoria previa pueden adoptar las siguientes medidas:

- La advertencia y el requerimiento al sujeto responsable (en vez de iniciar un procedimiento sancionador) en los términos que se mencionan en el párrafo anterior.
- El requerimiento al sujeto responsable para que, en el plazo que se señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante.
- El requerimiento al empresario a fin de que en un plazo determinado lleve a efecto las modificaciones que sean precisas, en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo que garanticen el cumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o a la seguridad de los trabajadores.
- La iniciación de un procedimiento sancionador. Este se lleva a efecto a través del levantamiento de actas de infracción, de infracción por obstrucción o de requerimientos en el caso de las Administraciones Públicas por incumplimiento de las disposiciones relativas a la salud o seguridad del personal civil a su servicio.
- Apertura de expedientes liquidatorios, por débitos a la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta, mediante la práctica de actas de liquidación.

El Inspector/a actuante puede igualmente:

- Promover procedimientos de oficio para la inscripción de empresas, afiliación,

altas y bajas de trabajadores en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

- Promover procedimientos para el encuadramiento de empresas y trabajadores en el régimen de la Seguridad Social que proceda, sin perjuicio del inicio del correspondiente expediente liquidatorio.
- Instar del correspondiente organismo la suspensión o cese de la percepción de las prestaciones sociales, si se constata su obtención o disfrute en incumplimiento de la normativa que las regula.
- Instar del órgano administrativo competente la declaración del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional causados por falta de medidas de seguridad e higiene.
- Proponer recargos o reducciones de las primas de aseguramiento de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en relación a empresas por su comportamiento en la prevención de riesgos y salud laboral, con sujeción a la normativa aplicable.
- En materia de empleo, comunicar al organismo competente los incumplimientos que compruebe en la aplicación y destino de ayudas y subvenciones para el fomento del empleo, formación profesional ocupacional y promoción social.
- Proponer a su respectivo Jefe, en la forma prevista en la Ley de Procedimiento Laboral, la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social.
- Adoptar cuantas otras medidas se deriven de la legislación en vigor.

9. FUNCIONES DE COMPOSICION

Los conflictos colectivos están contemplados en el Título II del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo.

Los conflictos colectivos están referidos a intereses generales de los trabajadores y su solución puede tener lugar mediante el inicio del procedimiento a través de dos procedimientos:

Ante el orden jurisdiccional social por los representantes de los trabajadores y los empresarios o sus representantes, o ante la autoridad laboral que se dirige de oficio a la jurisdicción social a instancias de los representantes de las partes implicadas.

La función inspectora de composición, está dirigida a la resolución de conflictos laborales, por lo que se puede deducir que este cometido de solución de discrepancias se puede llevar a cabo en relación a todas las materias del orden social sobre las que recae el sistema de inspección.

Los Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social pueden ejercer su función de composición mediante las tres típicas vías de solución extrajudicial de conflictos que existen: la conciliación, la mediación y el arbitraje, si bien presentan unas características diferentes, habiendo distinguido la Ley entre las características propias de la labor de conciliación y mediación y aquellas otras exigencias requeridas para llevar a cabo el arbitraje.

Las labores de mediación y conciliación por parte de la Inspección podrán realizarse de oficio o instancia de parte interesada, si bien en el primer caso las partes no se encuentran obligadas a aceptar las funciones de la Inspección.

La Ley 42/1997 determina que la función Inspectora de conciliación y mediación solo procede «cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto de la Ley de Procedimiento Laboral».

Por tanto, los empresarios y los trabajadores están en libertad de oponerse al inicio de estas funciones de la Inspección, sin que esta actitud pueda ser considerada, en ningún modo, como en un acto de obstrucción.

9.1. Conciliación

Mediante la conciliación, como solución de los conflictos de trabajo, las partes contrastan sus pretensiones, intentando llegar a un acuerdo ante un tercero cuya función es tratar de conseguir la avenencia entre las partes. Nuestra legislación establece la conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones, como requisito previo y necesario para la tramitación del procedimiento judicial.

La función inspectora realizada por los Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social comprende el cometido de la conciliación cuando sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral, conforme a lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley 42/1997.

9.2. Mediación

La mediación supone la solución de un conflicto ante una persona u organismo que designen las partes o constituido oficialmente, y que puede formular una propuesta concreta para la búsqueda de soluciones sobre las cuestiones en controversia.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social está facultada para ejercer funciones de mediación desde que se comunique la huelga hasta la solución del conflicto conforme a lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto-ley 17/1997 de 4 de marzo y artículo 3.1 de la Ley 42/1997, cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Procedimiento Laboral.

9.3. Arbitraje

El arbitraje supone la intervención de un tercero en el conflicto, cuyo laudo, que reflejará los contenidos del compromiso arbitral, resulta obligatorio para las partes.

El arbitraje voluntario que es aquel en que los sujetos en conflicto deciden someter la solución del mismo al pronunciamiento vinculante de un tercero. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social puede realizar esta función a petición expresa de cualquiera de las partes, que deberá aceptar la parte no solicitante, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, conforme determina el artículo 3.3 de la Ley 42/1997.

En el caso de que el Inspector/a haya decidido aceptar la realización del arbitraje, éste será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

Por tanto en cualquiera de las posibles intervenciones descritas: mediación, conciliación y arbitraje la actuación inspectora requiere solicitud y aceptación por las partes y debe desarrollarse con el mayor conocimiento posible del tema planteado y con prudencia, teniendo en cuenta criterios jurídicos y de equidad, dedicándole al tema el tiempo necesario antes de intentar la solución definitiva del mismo.

Hay que indicar que no existe en la normativa ningún precepto específico que describa el modo en que deben desarrollarse la conciliación y la mediación inspectora, con lo que los órganos inspectores tienen libertad para desarrollar sus funciones de composición, que si bien en general son contempladas de manera conjunta, presentan características diferentes.

En el ejercicio de estas funciones, el modo más habitual de proceder consistirá en que el

Inspector/a actuante reunirá a las partes en conflicto conjunta o separadamente y a partir del juicio o de las conclusiones obtenidas en estas reuniones, en el caso de la conciliación, su labor concluirá en un intento de acercamiento de las posturas en conflicto. Si se trata de la mediación el actuante deberá emitir, además, una propuesta de solución que los representantes de las partes podrán aceptar o no, sin que se sientan en absoluto vinculados por la propuesta. Es por tanto más complicada la labor mediadora que la de conciliación.

En cuanto al arbitraje la Ley 42/1997 se muestra algo más explícita, refiriéndose a la necesidad de petición de las partes y la incompatibilidad con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia, como ya se indicó anteriormente.

Parece con ello que lo establecido legalmente es que si bien la función inspectora de arbitraje es siempre compatible con la de asistencia técnica, no ocurre lo mismo con la función fiscalizadora.

En todo caso, el laudo emitido por quien realiza el arbitraje, a diferencia de las figuras de la conciliación y mediación, es vinculante para las partes teniendo la misma eficacia que lo pactado en un Convenio Colectivo.

10. EMISION DE INFORMES

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene la facultad de emitir informes sobre materias concretas que, en muchas ocasiones, tienen carácter preceptivo.

Entre dichos informes podemos hacer referencia a los siguientes:

- Informes sobre autorizaciones de empresas de trabajo temporal. Las per-

sonas físicas o jurídicas que pretendan efectuar actividades como empresa de trabajo temporal tienen que disponer de autorización administrativa previa tras haber justificado una serie de requisitos que establecen la Ley 14/1994 y el Real Decreto 4/1995.

En el plazo de 15 días la Inspección tiene que emitir informe, preceptivo y no vinculante en los expedientes de primera autorización y prórroga.

- Informe sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Los partes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales deben de ser presentados por las empresas dentro de los cinco días siguientes desde la fecha del accidente o baja médica. La autoridad laboral debe dar traslado de los partes de los accidentes graves, muy graves o mortales a la Inspección, y sobre aquellos otros en que, por sus características o por los sujetos afectados se considere necesario el informe, y las enfermedades profesionales en que concurran dichas calificaciones y, en general, en los supuestos en que aquélla lo solicite respecto al cumplimiento de la normativa legal en materia de prevención de riesgos laborales, a fin de que una vez haya realizado la oportuna investigación, elabore el informe correspondiente, conforme al artículo 9.1.d) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Informe para descalificación de cooperativas. La Ley 27/1999, sobre cooperativas, de 16 de julio, dispone que aquellas cooperativas que desarrollen su actividad en varias Comunidades Autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal, así como aquellas que realicen sus actividades principalmente en Ceuta y Melilla, en los procedimientos de descalificación debe informar preceptivamente la Ins-

pección en el plazo de un mes. [Artículo 116. 2.a), de dicha Ley].

- Informe en procedimientos de acreditación de servicios de prevención ajenos a las empresas. Transcurridos tres meses desde la autorización provisional se debe solicitar la acreditación definitiva, siendo obligatorio el informe a emitir por la Inspección en este trámite. También es obligatorio el informe de la Inspección cuando la autoridad laboral requiera la realización de una auditoría o evaluación externa en una empresa. Todo ello conforme a lo establecido en el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.
- Informe sobre clasificación profesional. En la providencia en que se tenga por presentada la demanda, el Juez ordenará recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentación que la acompañe, debiendo versar el informe que se emita, en el plazo de quince días, sobre los hechos invocados y circunstancias concurrentes relativas a la actividad del actor. (Ley de Procedimiento Laboral 2/1995, aprobada por Real Decreto Legislativo de 7 de abril, artículo 137. 2.).
- Informe en procesos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El Juez, con anterioridad a la celebración del juicio, debe solicitar de la Inspección informe referente a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el trabajador accidentado, salario que percibía y base de cotización, salvo que ya figurase en los autos. Dicho informe debe ser emitido en el plazo máximo de diez días, (Ley de Procedimiento Laboral, artículo 141. 2.).

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre, en su

artículo 9.1.b) establece la competencia de la Inspección para elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social, en las demandas deducidas ante los mismos en los procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

- Informe en materia de locales y tablones de anuncios. El artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, establece que las posibles discrepancias, en esta materia, se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo.
- Informe en materia de traslados colectivos. En el artículo 22 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, se indica que el objeto del Título II de dicha disposición es la regulación del procedimiento a que se refiere el apartado 2 del artículo 40 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual la autoridad laboral a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses. En el artículo 25 de dicho Real Decreto, sobre instrucción del procedimiento, se indica que, iniciado el procedimiento, la autoridad laboral requerirá a las partes, en el plazo de tres días, para la aportación en el término de cinco días, de cuantas alegaciones estimen convenientes.

Asimismo y en los mismos plazos, recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (y cuantos otros estime necesarios), para resolver fundadamente.

11. INFORMES SOBRE EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO

De los diversos informes a los que nos hemos referido, como una de las funciones importantes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se hace un análisis concreto relativo a los expedientes de regulación de empleo, por la importancia y trascendencia de la materia y de los efectos que producen, así como por la actualidad de los mismos.

Conforme a la normativa de aplicación, artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, y artículo 51 del mismo texto legal, que regula el despido colectivo, así como el Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, que establece el procedimiento administrativo de regulación de empleo en el Título I, se pueden formular diversas consideraciones en relación con la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en esta materia.

El informe del Inspector actuante, que de acuerdo a lo dispuesto legalmente tiene carácter preceptivo, deberá emitirse en el plazo improrrogable de diez días hábiles y deberá obrar en poder de la autoridad laboral competente antes de la finalización del período de consultas, que tendrá una duración no inferior a treinta días naturales o a quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.

En relación con lo expuesto, la primera observación que podría formularse es la brevedad del período, legalmente establecido, para emitir informe. En el supuesto de un expediente con documentación extensa y complicada, es muy difícil, en el plazo mencionado, obtener los elementos de juicio necesarios para emitir un informe sobre las causas motivadoras del expediente y cuantos otros elementos resulten necesarios para resolver fundadamente, conforme establece el mencionado artículo 51.

La complicación es mayor cuando en ese corto período de tiempo, el Inspector actuante tiene que llevar a cabo reuniones con el empresario o sus asesores o con los representantes de los trabajadores, sindicatos o asesores de los mismos, o con ambas representaciones conjuntamente. La dificultad se acrecienta cuando se trata de empresas de ámbito superior al autonómico, con centros de trabajo en diversos puntos de España y, en consecuencia con la comparecencia de representantes de los trabajadores de diferentes provincias, que es lo que ocurre, por ejemplo, con los informes que se emiten en la Dirección Especial de Inspección adscrita a la Autoridad Central.

En este sentido hay que señalar que la norma legal no establece la obligación del Inspector actuante de convocar a las partes para llevar a cabo reuniones con las mismas.

Sin embargo cuando lo estime necesario, por considerar insuficiente la documentación aportada al expediente, o por otra causa, sería conveniente hacerlo, así como cuando se lo solicite alguna de las partes, en cuyo caso parece procedente acceder a ello, pero debiendo comunicar esta circunstancia, con carácter inmediato a la otra parte para que lo conozca, por si desea comparecer también a la reunión correspondiente conjunta o separadamente.

No parece conveniente celebrar la reunión sólo con una de las partes, aunque sea la única que lo haya solicitado. En todo caso el Inspector, en las reuniones mencionadas, puede obtener una información que le dotará de más elementos de juicio para la emisión del informe correspondiente.

Hay que tener en cuenta que la autoridad laboral una vez recibida la documentación de iniciación del procedimiento, dará traslado junto a la documentación que obre en su poder a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el plazo máximo de diez días naturales en aquellas empresas que cuenten con

cincuenta o más trabajadores, recabando informe a la misma.

Si bien en este caso los días son naturales y en el de la emisión del informe de la Inspección son hábiles, parece desproporcionado disponer de prácticamente el mismo plazo para solicitar un informe que para emitirlo, tras el análisis correspondiente, en muchos casos, como se indicó anteriormente, muy complicado.

Hay que hacer referencia a los casos de existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, que deberá ser constatada por la autoridad laboral cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, debiendo dictar resolución en el plazo de cinco días desde la solicitud, previas las actuaciones e informes indispensables.

Uno de esos informes es el de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el caso de que hubiera sido solicitado, que sin duda será lo que con carácter general, decidirá la autoridad laboral, ya que, en este supuesto, el informe de la Inspección no es preceptivo.

En el caso de expedientes de fuerza mayor en los que el ámbito de la empresa afectada sea superior al autonómico, la dificultad reflejada en párrafos precedentes, para los expedientes normales, es mucho mayor, ya que el informe a emitir, para el cual no se señala plazo en la normativa legal, en todo caso tendrá que estar en poder de la autoridad laboral con anterioridad al período de cinco días de que dispone la misma para dictar la oportuna resolución.

Por tanto, si bien no se señala plazo, el informe habrá de emitirse en uno inferior a cinco días, lo que dificulta enormemente la constatación de la existencia real de la causa alegada, no sólo en el centro de trabajo en el que se haya producido, sino también su repercusión en los restantes centros de trabajo de la empresa.

Por otra parte el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas, como ya se señaló anteriormente, lo cual no será posible si el mismo concluye con acuerdo en menos de diez días desde su inicio, salvo que el Inspector/a actuante ya hubiese emitido informe.

Sin embargo la incorporación del informe al expediente sólo se produce una vez concluidas las consultas, como establece el artículo 51.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin duda el motivo de esta disposición es que el informe de la Inspección no esté a disposición de las partes mientras están llevando a cabo el preceptivo período consultivo, no pudiendo por tanto ejercerse durante esta fase del procedimiento peticiones de audiencia de vista del expediente o manifestaciones o alegaciones respecto al informe de la Inspección, o conocimiento del mismo, que podría afectar a las posiciones de las partes, según cual fuese su contenido, ya que el objeto de las consultas es que éstas negocien de buena fe sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, debiéndose manifestar la capacidad negociadora de las partes a través de las medidas que puedan aportar cada una de ellas en el curso de las negociaciones, ignorando cual pueda ser, en su momento, la resolución de la autoridad laboral en caso de falta de acuerdo, suponiendo ello un elemento de incertidumbre que puede contribuir a conseguir el acuerdo, lo que no ocurriría si se conocen los criterios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre el fondo del expediente con el peso que ello puede tener sobre la oportuna resolución, lo que de alguna forma podría condicionar el acuerdo, ya que se robustecería la posición de una parte y se debilitaría la de la otra.

En el caso de que el período de consultas finalice con acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución autorizando la extinción o suspensión en su caso, de las relaciones labo-

rales, salvo que apreciase de oficio o a instancia de parte la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo o estimase que el mismo podría tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, en cuyo caso la autoridad laboral, con suspensión del plazo para dictar resolución, que es de quince días hábiles, remitirá el acuerdo a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad.

Si no concurre ninguna de estas circunstancias, la autoridad laboral no tendrá opción para la no autorización del expediente, apostándose en este caso por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que, de alguna forma, están condicionando con su acuerdo, que podría ser independiente de las causas alegadas inicialmente, no sólo la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, sino también la percepción de unas prestaciones públicas como son las de desempleo, y que se producen de manera automática como consecuencia de la autorización administrativa concedida.

Como en principio el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es anterior a la conclusión del acuerdo, podría ser negativo por no encontrar causas suficientes, a juicio del Inspector/a actuante, para aprobar el expediente, convirtiéndose sin embargo en un informe prácticamente intrascendente ante el acuerdo de las partes.

Habría que señalar, en este momento, las consecuencias que podrían producirse en el caso de petición de vista del expediente por algún afectado que discrepe del acuerdo alcanzado y se encuentre con un informe desfavorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de características estrictamente técnicas.

A la vista de la escasa influencia del informe emitido por la Inspección, sea cual sea su

contenido, en el supuesto de que se alcance el acuerdo de las partes en el período consultivo, parece deseable un cambio normativo que permitiese que el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sólo se solicitase por la autoridad laboral correspondiente en el supuesto de que el período de consultas finalice sin acuerdo, con lo que, en este caso, dicho informe cobraría la importancia que realmente debería de tener, al ser, en la mayoría de las ocasiones, la base de los elementos de convicción que tendría la autoridad laboral para dictar la correspondiente resolución.

Por otra parte y ello sería muy importante, el Inspector/a actuante dispondría, en el momento de redactar el informe, no sólo de los elementos de juicio derivados de la documentación inicial aportada con la solicitud del expediente, sino también de todo lo tratado en el período de consultas a través de las actas del mismo, teniendo un perfecto conocimiento de las posiciones de las partes negociadoras y de las circunstancias que les han llevado a no concluir las consultas con acuerdo, así como de la documentación complementaria que hayan podido manejar las partes, lo que arrojaría luz y elementos de juicio mayores para la redacción del informe a emitir.

RESUMEN Este trabajo, referido a la aplicación del derecho por la Administración – en este caso al Derecho del Trabajo – se presenta bajo la premisa de que la aplicación de las normas sustantivas del derecho laboral se lleva a cabo por quienes son los protagonistas del mundo laboral: empresarios, trabajadores y sindicatos.

A la Inspección de Trabajo y Seguridad Social le corresponde la tarea de vigilar y garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Se lleva a cabo un recorrido histórico de las diversas normativas que han tenido relación con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, denominación actual de la primitiva Inspección de Trabajo.

A título de curiosidad se hacen dos referencias a antecedentes remotos, que no se refieren obviamente a la Inspección actual, pero valen como manifestaciones del deseo y la necesidad, que ha existido siempre, no sólo de dictar disposiciones sino también de controlar el cumplimiento de las mismas.

Están presentes igualmente los Convenios 81 y 129 de la OIT, por su importancia en esta materia.

A partir de la creación de la Inspección de Trabajo, el 1 de marzo de 1906, se efectúa un recorrido histórico de las distintas disposiciones que han regulado este Cuerpo centenario, hasta llegar a la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, que contiene la vigente normativa en la materia.

A través del estudio de la misma, así como de sus normas de desarrollo y de aquellas otras que tienen relación con dicha norma, se analizan las funciones y cometidos de los Inspectores/as de Trabajo y Seguridad Social, sus competencias y facultades, así como las modalidades de actuación, con una referencia especial a la visita de inspección que es la piedra angular del sistema de vigilancia y garantía del cumplimiento de la legislación laboral en el amplio sentido de la palabra.

La función originaria de la Inspección, como ya se indicó, es la fiscalización del cumplimiento de la normativa laboral en toda su amplitud, recayendo sobre las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos.

Se analizan las modalidades de actuación, expedientes administrativos, actuaciones de comprobación y la visita, contemplándose, respecto de esta última, los parámetros de actuación deseables, así como los criterios técnicos e instrucciones de la Autoridad Central y los límites y requisitos de las actuaciones en los centros de trabajo, las notificaciones de las visitas y quienes pueden ser actores en el curso de las mismas.

Igualmente se hace referencia a las tipologías de las infracciones, con especial mención a las de la materia de prevención de riesgos laborales y a la paralización de los trabajos.

Se examina también la participación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en cuestiones de conflictos colectivos y la forma de ejercer las funciones de composición, con especial mención al arbitraje laboral.

Se comenta el tema de la confidencialidad y del sigilo profesional, como importantes garantías para el administrado.

Se trata sobre las medidas que puede adoptar el funcionario/a actuante, una vez finalizada la actividad comprobatoria.

Se señalan las funciones de asistencia técnica y los distintos informes que puede emitir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, a modo de ejemplo, se analiza, dada la importancia del tema y la actualidad del mismo, el informe sobre Expedientes de Regulación de Empleo, en los casos de acuerdo o desacuerdo en el período de consultas, así como los de fuerza mayor.

ABSTRACT This paper deals with the implementation of the Law by the Administration, in this case, Labour Law, under the assumption that the implementation of Labour Law's substantive rules is performed by the main actors in the labour context: employers, workers and trade unions.

The duty of Labour and Social Security Inspectors is to monitor and ensure the compliance of all social obligations.

A historical description of the various regulations related to the Labour and Social Security Inspectors (previously known as Labour Inspectorate) is made.

Just as a matter of interest, reference is made to two remote precedents, obviously unrelated to the current inspectors but valid as an illustration of the will and the need that have always existed not only to rule but to control the compliance of the rulings.

OIT's Conventions 81 and 129 are mentioned as well due to their relevance in this matter.

Starting with the establishment of the Labour Inspectorate on 1st March 1906, a historical description of the various provisions that have governed this centenary body is made leading up to the 42/1997 Act of 14th November, which contains the current regulation in the matter.

By studying this regulation, together with the dispositions for its development among others related to it, this paper analyses the role and functions of the Labour and Social Security Inspectors, as well as their competencies and faculties, and their operating modes, with a special reference to the inspector's visit, which is the cornerstone of the monitoring system and the compliance guarantee of the labour legislation, in the widest sense of the word.

The inspectors' original function, as it has already been mentioned, is auditing that the vast field of labour rules is complied with, that is to say, legal rules, regulations and the legal content of the collective agreements.

The *modus operandi* is analysed together with the administrative enquiries, compliance checks and visits. In the case of visits, the desirable action parameters are studied, as well as the technical criteria and the instructions by the Central Authority, and the limits and requirements of the checks in places of work, the visits' notifications and who can take part in them.

Moreover, the paper refers to the types of infringements, with a special mention of those related to occupational risk prevention and down periods.

The participation of the Labour and Social Security Inspectors in labour disputes is examined, as well as how the composition role is performed, highlighting labour arbitration.

Also, the paper discusses confidentiality and professional secrecy as important guarantees for the person under administration.

The measures that the acting civil servant can adopt after completing the checking activities are explained.

The functions of technical support and the different reports that Labour and Social Security Inspectors can issue are described. For example, given its relevance and currency, the labour force adjustment report is analysed both in case of agreement and disagreement over the consultation period, as well as in case of force majeure.

La aplicación del Derecho del Trabajo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: referencia a la prevención de riesgos laborales

VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ*

INTRODUCCIÓN

La función inspectora destinada a la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa del orden social no debe ser abordada exclusivamente desde la perspectiva de las características del modelo de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS), entendida esta como servicio público integrado por recursos humanos y materiales, dotado de competencias metodológicas (facultades) y ejecutivas (medidas derivadas de la actuación inspectora)¹. Por el contrario, son las normas cuya aplicación se persigue a través de la función de control las que modalizan el ejercicio de la actividad inspectora, de tal forma que la exigencia de su cumplimiento o, en términos

más laxos, el fomento de su cumplimiento requiere distintos comportamientos y plantea interrogantes diferenciados en función de la parcela del orden social afectada.

El acercamiento a la naturaleza de la normativa, a su origen o a la finalidad perseguida por la misma explicará y justificará peculiaridades en el proceder de la ITSS al aplicarla como operador jurídico en el marco del artículo 25 de la Constitución, referente de las infracciones administrativas. A pesar del imprescindible fundamento común de la actuación inspectora, entre los profesionales que la llevan a cabo es comúnmente aceptado que el esfuerzo y el planteamiento en la labor jurídica de aplicación del Derecho del Trabajo no son idénticos en atención al orden jurídico vulnerado. Diferencias que pueden apreciarse, por ejemplo, cuando se enfrentan a un fraude de Seguridad Social, a una situación de trabajo no declarado en el marco de la economía irregular o a la mejora del sistema de gestión de prevención de riesgos laborales en una empresa.

Partiendo de que las instituciones del ámbito de las relaciones laborales son las que

* Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.

¹ La Ley 42/1997, de 14 de noviembre de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. del 15), en adelante LOITSS, define en su artículo 1 el sistema de ITSS, regula en los artículos 5 y 7, en relación con el artículo 8, las facultades y medidas derivadas de la actuación inspectora.

soportan y basamentan las distintas decisiones de la ITSS y dan cohesión al sistema, lo cierto es que la concreta mecánica de subsunción del supuesto de hecho en el supuesto normativo plantea un amplio abanico de posibilidades, según la norma afectada, que discurren desde un encaje más rígido, cerrado o simplista (trabajo de un extranjero sin autorización administrativa) hasta otro más flexible, abierto y complejo (metodología de evaluación de riesgos psicosociales).

En todo caso, el núcleo tradicional del Derecho del Trabajo cohesiona la labor aplicativa de la ITSS en el desarrollo de sus funciones. Algunos ejemplos pueden ilustrar esta afirmación:

- a) No puede comprobarse una falta de comunicación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social si previamente los hechos comprobados no se han calificado como constitutivos de relación laboral por cuenta ajena, considerando que existen las denominadas «zonas grises» del Derecho del Trabajo, o supuestos como los «falsos autónomos».
- b) Es requisito para derivar la deuda por cotizaciones a la Seguridad Social de un sujeto responsable a otro, una previa calificación jurídica del fenómeno que actúa como premisa, en términos de subcontratación por razón de la propia actividad, grupo de empresas o cesión ilegal de trabajadores.
- c) Es labor imposible entender la participación de la representación especializada de los trabajadores en prevención de riesgos laborales sin tomar en consideración las vías de representación unitaria y sindical. Es incoherente desligar el tiempo de trabajo de la salud laboral o atender con preferencia la formación de quien está contratado temporalmente si se desconoce el marco normativo referencial en materia de contratación.
- d) Finalmente en el ámbito del empleo, la valoración de una medida de fomento del empleo consistente en la transformación de un contrato temporal en otro indefinido, pasa por una previa consideración de si el contrato transformado realmente respondía a una causalidad temporal o desde el inicio habría que catalogar la relación laboral como indefinida, con independencia del *nomen iuris* dado por la partes.

Pese a que un sector de la doctrina² preconizó la autonomía del derecho de la prevención de riesgos laborales, lo cierto es que se muestra inextricablemente unido al Derecho del Trabajo, lo que no supone desconocer las peculiaridades que personalizan a la normativa preventiva, calificada como legislación laboral por la Disposición Adicional Tercera, punto 1 de la LPRL³. Por otro lado, «*la seguridad y salud laboral no forman, así, un sector aislado y autónomo, sino un importante subsector de las políticas de seguridad, salud y medioambiental*»⁴.

² FERNÁNDEZ MARCOS, L. «*La autonomía del derecho de seguridad e higiene*» en Actualidad Laboral, nº 3 de 1995. «*Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*» Dykinson 1996, citado por GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F. en «*Las técnicas de regulación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y sus efectos en la aplicación del deber de prevención*». Relaciones Laborales nº 1 de 2000, p. 32, cuando mantiene el primero que la LPRL es «*la primera piedra de lo que ha de ser un derecho de seguridad e higiene en el trabajo, susceptible de tratamiento jurídico autónomo, sin perder su conexión y dentro del más amplio marco del Derecho Laboral*». MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. en «art. 1» de «*Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*» VV.AA. Ed. Comares, 2004, mantienen que no cabe confundir el Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales con el Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, siendo el primero una parte del segundo, teniendo este último «*autonomía como subsector específico del Derecho Social –no sólo del Derecho del Trabajo–*».

³ Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales (B.O.E. del 15).

⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «*Promover la seguridad y la salud en el medio ambiente de trabajo*» en Relaciones Laborales, nº 12 de 2009, p. 3.

En este contexto queda pues justificado analizar algunas incidencias en la aplicación que pueda llevar a cabo la ITSS de la normativa de PRL, así como la medida en que la idiosincrasia de esta última influye en la modificación de hábitos y contenido de la actuación inspectora. Este aspecto ya lo apuntó la Comisión Europea en 1995 cuando se propuso evaluar «*los problemas de aplicación y el impacto de las Directivas sobre la organización y métodos de trabajo de las inspecciones de trabajo nacionales*»⁵.

A modo introductorio, pueden citarse algunas variables que influyen o condicionan la actuación inspectora en materia de prevención de riesgos laborales, en comparación con otras áreas de la normativa social:

- a) El núcleo normativo deriva de la trasposición al ordenamiento jurídico español del acervo comunitario, Directivas redactadas de forma tan abierta que permitieran su adecuada trasposición a distintos ordenamientos jurídicos.
- b) La aparición de «estrategias» adoptadas en los ámbitos comunitario, estatal o autonómico, con la previsión de medidas normativas en un caso, metodológicas o programáticas en otro.
- c) La utilización de conceptos como la «gestión» o la «calidad», que parecen destinados a un cumplimiento normativo adaptado a cada empresa.
- d) Los conceptos jurídicos indeterminados a concretar por el sujeto responsable destinatario de los mismos.
- e) La regulación de una externalización especializada de la organización preventiva, con la aparición de otros sujetos distintos del clásico binomio empre-

sa/trabajador (servicios de prevención ajenos).

- f) El fomento del cumplimiento a través de la mejora de las condiciones de trabajo y no a través de la determinación concreta de cuáles deban ser tales condiciones.

Todos ellos son ejemplos que conducen a la necesidad de una evolución en la actuación inspectora, en la que la sanción económica puede quedarse trasnochada por insuficiente y convertida únicamente en referente de un nivel mínimo de cumplimiento si no va acompañada de otras medidas como el asesoramiento o el seguimiento prolongado hacia un mismo sujeto. Como tendremos ocasión de desarrollar más adelante, la labor informativa de la ITSS en relación con un *corpus* jurídico extenso y complejo se convierte en un instrumento de primera magnitud.

LAS ESTRATEGIAS EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: PROMOCIÓN, SANCIÓN Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

Si se concibe a la ITSS con carácter instrumental, como medio para lograr la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, hay que preguntarse por el papel o el peso que ha de otorgarse a cada una de sus funciones, en particular a la de control y a la de asesoramiento: lo que la LOITSS denomina cometido de vigilancia y exigencia de cumplimiento por una parte⁶, y cometido de asistencia técnica a través de facilitar información técnica a empresas y trabajadores por otra⁷.

El objetivo de una aplicación eficaz y generalizada de la normativa preventiva, frente, por ejemplo, a la normativa reguladora del

⁵ Comunicación de la Comisión sobre un programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000), 12.07.1995, COM(95) 282.

⁶ Artículo 3.1.2 de la LOITSS.

⁷ Artículo 3.2.1 de la LOITSS.

Sistema de la Seguridad Social, bascula entre dos vías. La primera de ellas es la vía de fomento, promoción y motivación, que trata de conseguir el cumplimiento a través del conocimiento de la normativa por el sujeto destinatario de la misma, y que alcanza aspectos diversos, desde su propia existencia, a su sentido y finalidad, su necesidad y conveniencia o medios para lograr su aplicación. La segunda vía es la de la exigencia del cumplimiento a través de la puesta en marcha de mecanismos de responsabilidad por incumplimiento, señaladamente la sanción pecuniaria ante el riesgo, sin perjuicio de los efectos derivados de un daño.

La ITSS no es ajena a ninguna de las dos funciones, promoción y control. Sin embargo, la LOITSS no les concede una proporción equivalente a la otorgada por las distintas estrategias que reflejan las políticas comunitarias, nacionales o autonómicas en la materia⁸.

En lo referente a facilitar información técnica a empresas y trabajadores, ésta sólo se llevará a cabo «con ocasión de la función inspectora», lo que parece indicar que la función inspectora lleva implícito el cometido de vigilancia del cumplimiento de la normativa, de tal manera que sólo se prestaría asesoramiento con la condición de que se esté realizando una actividad inspectora de control. Otra interpretación sugiere que sólo cabría el asesoramiento a petición de trabajadores o empresarios, destinatarios de la información según la previsión legal, en el transcurso de una actividad de control, sin que quepa motivar a petición de un tercero el inicio de una actuación inspectora de naturaleza exclusi-

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. en «El nuevo papel de la Inspección de Trabajo» Relaciones Laborales, Tomo I, 2003, p. 144 y ss. mantiene que «nuestra Ley de Inspección de Trabajo refleja un desequilibrio entre el enfoque enforcement, que sigue siendo predominante, y el enfoque advisory», reflejando nuestra legislación una «visión marginal de la función de promoción y asesoramiento».

vamente informativa. Tal interpretación viene avalada por el hecho de que para los otros dos cometidos, vigilancia, de un lado, y conciliación, mediación o arbitraje, de otro, sí se encuentra recogida la forma de iniciación o establecimiento de la actuación inspectora. Así, la iniciación de las «actuaciones» de la ITSS, prevista en el artículo 13.1 de la LOITSS⁹, se entiende reglamentariamente referida a actuaciones de comprobación previas al procedimiento sancionador¹⁰. Y la única activación de la ITSS prevista para trabajadores, empresarios o sus representantes es la denuncia, siendo esta fórmula impropia para solicitar una información o asesoramiento. En cuanto a la conciliación y mediación ha de ser «*aceptada por las partes*» y el arbitraje se ejercerá «*a petición de las partes*». En definitiva, la LOITSS prevé que trabajadores, empresarios y terceros promuevan la actuación inspectora, aunque esta se desarrolle «*de oficio siempre*», para el supuesto de que dicha actuación consista en la vigilancia, conciliación, mediación y arbitraje, pero no para la de asistencia técnica, que aparece ligada a la primera de ellas¹¹.

Esta posición legal de subordinación del aspecto informativo a la realización de la función inspectora de vigilancia y control, plantea dificultades para una actuación única-

⁹ «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social actuará de oficio siempre, como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos, por propia iniciativa, o en virtud de denuncia, todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen» (artículo 13.1 LOITSS).

¹⁰ Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (B.O.E. del 3 de junio), en su artículo 9.1 en relación con el artículo 8.1.

¹¹ Salvo para el caso del arbitraje. De hecho, el artículo 3.3 de la LOITSS vuelve a confundir la «función inspectora» con el «control y vigilancia» cuando declara esta última incompatible con el arbitraje si ambos recaen sobre una misma persona, dejando a salvo las «funciones técnicas de información y asesoramiento».

mente de asistencia técnica, aunque traiga su causa de una «orden superior de autoridad competente» o de una orden de servicio en aplicación de una planificación, programación o directriz¹².

La posición legal, excesivamente monolítica, se ha revelado insuficiente y sin capacidad de adaptación a la evolución de la actitud que se demanda de la ITSS en materia de asesoramiento¹³, como se expone a continuación. Podría pensarse que el requerimiento o la advertencia, alternativos a un procedimiento sancionador, tienen un componente informativo pero lo cierto es que, en materia de prevención, el requerimiento goza de una naturaleza específica que actúa como medio de comunicación inmediato de una situación de incumplimiento que ha de subsanarse, sin perjuicio de la sanción, siendo esta ineludible si se persiste en el incumplimiento tras el requerimiento. El requerimiento y la orden de paralización obedecen a una actuación previa destinada a la comprobación de infracciones, entrando de lleno en el ámbito de la función inspectora de vigilancia y control¹⁴.

Como corolario de la referencia a la LOITSS cabe destacar la utilización terminológica restrictiva utilizada para la función asistencial. Según su Ley de ordenación, la ITSS no asesora sino que facilita información técnica. Tal semántica tiene sus consecuencias, pues mientras que el suministro de información supone dar noticia de algo, el asesoramiento conlleva no sólo una labor informativa sino de consejo, tiene un marcado carácter subjetivo adaptado a las circuns-

tancias del caso y puede y suele ir más allá del mínimo exigible para un estándar de cumplimiento normativo.

Sin embargo, la LPRL, anterior a la LOITSS, toma partido al encomendar una sola función a la ITSS, la de «vigilancia y control» de la normativa, entendiendo incluida en la misma la tarea de «asesorar e informar» a empresas y trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales. La comparación entre ambas leyes resulta clarificadora: mientras que la específica distingue entre el asesoramiento y la información, la ordenadora del sistema sólo contempla esta última, circunscribiéndola al aspecto técnico¹⁵.

Este binomio asesoramiento/control está presente, como dijimos en las distintas estrategias que sirven de vehículo a la puesta en práctica de las políticas preventivas. Se trata de analizar la influencia de dicho binomio en la actividad inspectora destinada a contribuir a la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales.

La estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)¹⁶ aborda el papel de la Inspección de Trabajo en el contexto de una «mejor aplicación de la normativa vigente», dentro del apartado dedicado al fomento de la cultura preventiva, entendida como el medio

¹² Artículo 9.1 apartados a) y b) del RD 928/1998 ya citado.

¹³ La técnica del asesoramiento tiene difícil encaje en el concepto de potestad administrativa, estando más próxima a la noción de servicio público, en opinión de GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F: «La evolución de las Relaciones Laborales tras la Constitución de 1978 y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 78.

¹⁴ Artículos 43 y 44 de la LPRL ya citada.

¹⁵ Sobre la necesidad de que la normativa refuerce la función de asesoramiento de la ITSS, ver MOLINA NAVARRETE, C. en «art. 9» de «Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios» VV.AA. Ed. Comares, 2004, p. 97 y 98 «una normativa legal que se plantea como objetivo fundamental buscar el cumplimiento voluntario de la normativa preventiva, desde el fomento de la tan célebre como impracticada ‘cultura de la prevención’, debería haber reforzado con especial vigor esta función ‘comunicativa’ y ‘educativo-formativa’, de divulgación ‘a pie de obra’, de la ITSS, tal y como sucede en otras experiencias (ej. Francia)».

¹⁶ Comunicación de la Comisión, «Como adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)», 11.03.2002, COM(2002) 118.

que permite anticipar y controlar los riesgos¹⁷. La estrategia promueve un enfoque global cuyo objetivo es «*la mejora continua del bienestar en el trabajo*», reconociendo que tal bienestar afecta a condiciones físicas, morales y sociales. Idéntica referencia (mejor/mejora) al bienestar en el trabajo y a la aplicación normativa, guardan en común el concepto progresivo o evolutivo intrínseco a todo proceso de mejora.

Por lo que aquí nos interesa, se arranca de que si es posible la mejora es porque hay diversos niveles en la aplicación de la normativa (al «nivel elevado de cumplimiento» se alude en otros documentos comunitarios a los que se hará mención). Este principio es esencial, al menos para la función inspectora pues, si esta se enfoca desde el asesoramiento, la acción irá encaminada a incrementar los niveles de aplicación normativa, sean estos cualesquiera, dentro del concepto de mejora continua, pero si el enfoque corresponde a la función de vigilancia, control y posible sanción, la existencia de distintos niveles en la aplicación de la normativa provoca la necesidad de concretar cuál es el mínimo cumplimiento exigible. Una conducta que no alcance el mínimo integrará la infracción administrativa, en línea con el adagio latino «*odiosa sunt restringenda*» –las normas gravosas han de ser interpretadas restrictivamente–.

Un ejemplo para comparar ambos conceptos, nivel de cumplimiento y mínimo exigible, lo proporcionan los medios humanos y mate-

¹⁷ Ver VÁZQUEZ MATEO, F. «*Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva*» en Relaciones Laborales, nº 12/2008 p. 29 y 30 quien sostiene que «*la cultura preventiva no es algo sencillo de obtener, y su implantación requiere una numerosa serie de condicionamientos... sin que una seguridad que sólo cuente con los aspectos técnicos y mecánicos –necesarios, pero insuficientes– baste por sí sola, para reducir nuestra accidentalidad*». Este autor apela a la razonabilidad, «*la cultura preventiva exige para su implantación establecer una delimitación razonable entre quienes son acreedores y los que son deudores de seguridad*».

riales necesarios que han de destinarse a la organización preventiva¹⁸, pues permite de una manera sencilla traducir el concepto «mejor» a una escala cuantitativa. En función de factores como la dispersión territorial, el tipo de actividad o la naturaleza de los riesgos, se puede exigir un mínimo de recursos pero se puede aconsejar una mejora de tal mínimo. Incluso la fijación del mínimo se complica si no existe una previsión normativa, legal o convencional, al respecto, debiendo en tal caso ofrecerse por la ITSS una sólida argumentación de la obligatoriedad de alcanzar tal mínimo, en atención a cada caso concreto y a las circunstancias concurrentes.

Mientras que la regulación de otros ámbitos del orden social no admite graduación, como por ejemplo ocurre con el tiempo de trabajo, el salario o la cotización a la Seguridad Social, sucede otra cosa en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, donde la comprobación de los hechos por la ITSS ha de ponerse en relación con la finalidad perseguida por la norma, más allá de una interpretación literal de la misma, refugio esta última de una pretendida seguridad jurídica.

La Estrategia comunitaria 2002-2006 apreciaba dificultades en el enfoque global. Por ello, intentando salvar «*la diversidad de las estructuras institucionales y las tradiciones administrativas de los Estados miembros*», era consciente de que la persecución de la calidad del trabajo y el bienestar en el trabajo «*requiere que se examine concienzudamente cuáles son las estructuras que mejor se adaptan a este enfoque global*». En concreto, consideraba que «*los servicios de inspección han de combinar su papel de control y una función preventiva de cara a las empresas y los trabajadores*». Esta diferencia de papeles

¹⁸ Por ejemplo en el caso de trabajadores designados según previsión del artículo 13.2 y Disposición Adicional 7ª del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (B.O.E. del 31).

encomendados a la Inspección de Trabajo descarta vincular la sanción con la función preventiva que se correspondería más bien con la sensibilización, educación e información, a la que se alude en varias ocasiones. Tal pronunciamiento se ratifica cuando a continuación circunscribe las sanciones al «*marco de los controles efectuados*», postulando que las mismas han de caracterizarse por la equidad, disuasión, proporción y aplicación efectiva.

En conclusión, si se persigue la consecución de la cultura preventiva, la ITSS tendrá que combinar su función de control con su función de asesoramiento, pues la sanción resulta insuficiente como medio para sensibilizar y cooperar en la capacitación de todos los sujetos de la prevención, ya que se trata de una medida coercitiva y dirigida casi en exclusiva al empresario¹⁹.

El reconocimiento de ambos papeles (promoción/control) lleva al cuestionamiento de su compatibilidad con ocasión de la praxis inspectora. La cuestión reside en determinar hasta qué punto un órgano con competencia para proponer una sanción puede limitarse a

¹⁹ VÁZQUEZ MATEO, F. *op. cit.*, p. 33 mantiene que si se quiere hablar de cultura preventiva será preciso que la razonabilidad «se extienda a la forma de ejercer el control del cumplimiento de las normas de seguridad por los empleadores, ya que puede apreciarse en ciertas ocasiones –no siempre desde luego– una rigidez en la actuación de la Inspección de Trabajo, rayana en el automatismo: infracción advertida, sanción propuesta...sin olvidar, como a veces se olvida, la función de asesoramiento e información que tiene atribuida...». VIDA SORIA, J. en «La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad», *Actualidad Laboral*, n.º 15 septiembre de 2004 p. 1801 mantiene que la labor de asesoramiento es obviada con demasiada frecuencia dentro de las funciones inspectoras especialmente en «el caso de la normativa sobre Prevención de riesgos laborales. Ello porque se trata de una normativa absolutamente compleja...y con una evidente falta de tradición aplicativa», reivindicando de las Administraciones Públicas una «cultura de colaboración» frente a la «cultura sancionadora».

un asesoramiento o labor informativa cuando comprueba una infracción. Más concretamente si tal comprobación se realizara en el curso de una actividad programada para desarrollar una función educativa, informativa o asesora. Destacada doctrina científica se plantea lo procedente de la función mediadora de la ITSS en su calidad de órgano con capacidad para iniciar procedimientos sancionadores²⁰, pues la mediación incluye en muchas ocasiones el conocimiento de situaciones de incumplimiento. El interrogante es si la función promotora o asesora exenta de otros actos, en sentido puro, se puede desempeñar por un órgano que es, además, el que tiene encomendado el origen o inicio del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.

Un paso más clarificador aporta la Estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2007-2012²¹ cuando se refiere al papel y metodología de la Inspección de Trabajo. Para contextualizarlo conviene partir del hecho de que un hilo conductor del programa comunitario y las dos estrategias comunitarias mencionadas²² es la atención a la pequeña y mediana empresa (PYME), mediante la información preferente y la elaboración de instrumentos orientados a sus características.

La Comisión se plantea que la normativa de seguridad y salud puede ser una «*rémora*» para la creación y desarrollo de la PYME, por ello el sistema de información sobre dicha

²⁰ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F. «Las funciones de mediación de la Inspección de Trabajo» en *Relaciones Laborales*, tomo II de 2005, p. 45 y ss. «Inspección de Trabajo y solución de conflictos colectivos de trabajo» en «Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» VV.AA. Publicación conmemorativa, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

²¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)», 21.2.2007 COM(2007)62.

²² Ver notas 4, 14 y 16.

normativa ha de «*tener en cuenta sus necesidades específicas*», para que así «*les permita hacer frente eficazmente a sus obligaciones*»²³. Un enfoque global dirigido a la mejora continua del bienestar en el trabajo consta de varios objetivos complementarios, siendo uno de los ocho previstos tomar en consideración el tamaño de las empresas, de tal forma que la PYME, microempresa y autónomos sean beneficiarios de «*medidas específicas en los programas de información, sensibilización y prevención de riesgos*» y destinatarios de instrumentos de sensibilización adaptados a sus situaciones específicas²⁴.

Finalmente, la Estrategia comunitaria actual fija ocho objetivos para lograr la reducción de la siniestralidad de forma continua, duradera y homogénea, de los cuales dos contemplan a la PYME²⁵. Por un lado se mantiene, como en las anteriores, el apoyo en la «*aplicación*» de la legislación vigente pero, por otro lado, se oferta un cambio cualitativo fundamental consistente en la simplificación del marco jurídico «*teniendo muy presentes a las PYME*».

La Ley 25/2009, recogiendo legalmente esta línea estratégica, modifica la LPRL añadiendo un nuevo apartado 5 en el artículo 5, que en su párrafo segundo dispone que «*la política en materia seguridad y salud en el trabajo tendrá en cuenta las necesidades y dificultades específicas de las pequeñas y medianas empresas*», debiendo incorporarse al procedimiento de elaboración de la normativa «*un informe sobre su aplicación*» a las PYME²⁶.

²³ Programa comunitario (1996-2000) ya citado, Parte I. A. Acción 1 y Parte I. B. Acción 4.

²⁴ Estrategia comunitaria 2002-2006 ya citada, puntos 3.1 y 3.2.1.

²⁵ Estrategia comunitaria 2007-2012 ya citada, puntos 3, 4.1 y 4.3.

²⁶ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (B.O.E. del 23). La referencia es a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (B.O.E. del 24).

El papel asignado por la Estrategia a la Inspección de Trabajo para reforzar la aplicación de la legislación comunitaria tiene una doble caracterización. De un lado se cataloga como «*recurso*» para promover un mejor cumplimiento en las PYME, lo que denota su carácter instrumental, de hecho es uno más del «*conjunto de instrumentos*» para garantizar un nivel elevado de cumplimiento normativo. De otro, se califica a los inspectores de trabajo como «*intermediarios*», lo que parece aludir a la virtud profesional de preparación técnica y presencia física en los lugares de trabajo que faculta especialmente para mediar entre dos partes.

La alusión a la Inspección de Trabajo como recurso o instrumento conduce a su consideración como servicio público, entendido en su sentido más amplio de servicio a los ciudadanos y no tanto al restrictivo derivado de una potestad administrativa sancionadora²⁷.

En cuanto a la intermediación, ofrece dos vertientes: la primera es la de actuación entre la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la normativa, y el administrado, como sujeto que debe aplicar la citada normativa –faceta que implica un quehacer ambivalente por la ITSS, promoción/sanción, del que venimos tratando–. Una segunda vertiente implica la mediación clásica entre empresarios y trabajadores, cuya explicación pasa por un mayor detenimiento.

El calificativo de «*intermediario*», que condiciona la metodología de actuación inspectora, apela a una conducta diferenciada en función del tamaño de la empresa, partiendo del hecho de que existe una grave laguna en la aplicación normativa en la PYME, en particular en lo que respecta a «*la evaluación de riesgos, la participación y la formación de los trabajadores*».

²⁷ Ver GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F., *op. cit.*, páginas 14 y 15.

La estrategia no analiza en profundidad la causa de tal laguna, pero la alusión a la evaluación de riesgos ha de entenderse en el sentido de que la fuente de conocimiento de los riesgos no debería ser difícil de manejar. Si la evaluación, como elemento intelectual, es el punto de partida para la mejora de las condiciones de trabajo han de elaborarse «*instrumentos sencillos para facilitar*» su realización.

Por otro lado, se incide en la formación no sólo de los trabajadores sino también de los directivos. La presencia de jóvenes, temporales y trabajadores escasamente cualificados justifica el impulso de esta medida.

Pero, qué ocurre con la participación de los trabajadores, entendida no sólo como actividad de representación especializada de los mismos sino también como «*medida de organización*» preventiva²⁸. Es precisamente la escasa participación de los trabajadores lo que justifica la labor de los inspectores de trabajo como intermediarios en su vertiente tradicional de mediación. El significado de la mediación que se desprende del lenguaje utilizado por la Comisión ha de entenderse no como un método de composición de conflictos, en sentido técnico-jurídico, sino como forma de coadyuvar a resolver una carencia en la PYME, como es la ausencia de una real participación de los representantes de los trabajadores y de estos mismos en la puesta en práctica en la empresa de la prevención de los riesgos laborales.

Una vez que la Estrategia comunitaria 2007-2012 define a la Inspección de Trabajo como recurso instrumental que actúa como intermediario, le fija con claridad la metodología de actuación, su contenido y ordenación temporal, primando lo que hemos venido refiriendo como función informativa y de asesoramiento.

²⁸ En los términos de la STJCE (Sala Quinta) de 22 de mayo de 2003, apartado 40, Ar. TJCE\2003\155.

De una parte, se establece el carácter subsidiario de la sanción o, en términos más amplios, de las medidas coercitivas respecto de las medidas ligadas con el cumplimiento por vía del conocimiento o de la incentivación. La citada Estrategia es taxativa cuando dice que «*en primer lugar*» la actuación inspectora se realizará a través de «*la educación, la persuasión y los incentivos*».

De otra parte, se mantiene para todos los casos de actuación inspectora la promoción a través del asesoramiento, incluso en aquellos en los que se adopten medidas coercitivas, pues tras desarrollar inicialmente la labor informativa, sólo «*en caso necesario*», la actuación inspectora «*también*» se llevará a cabo a través de tales medidas coercitivas.

Si las «medidas coercitivas» tienen una sencilla traslación a nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo a través de las actas de infracción o de las órdenes de paralización, no ocurre lo mismo con la «educación, persuasión e incentivos».

La educación no ha de entenderse dentro de la ortodoxia académica, pero tal vez requiera algo añadido a la información y el asesoramiento. Ese «algo» se entiende mejor en el ámbito de la microempresa y pequeña empresa, donde es necesario traducir las obligaciones normativas en un tenor comprensible. En definitiva, parece pedir de la Inspección de Trabajo no sólo que trasmita información sino que se asegure de su comprensión.

La persuasión consiste en inducir a hacer algo esgrimiendo razones. Por tanto no entra en juego la amenaza de sanción como arma para la persuasión. Lo que hace la Estrategia es elevar a política preventiva lo que constituye parte del oficio cotidiano de la ITSS; actuación ésta de la que hasta ahora se carecía de constancia porque se desarrollaba en un ambiente informal con resultados muy positivos, pero difícilmente mensurables. Ello sin perjuicio de que entre los indicadores para evaluar a la Inspección de Trabajo es posible su contemplación, por ejemplo a tra-

vés de un sistema de escalera de impactos, donde se valora la actuación inspectora que ha motivado la evolución en la actividad empresarial preventiva²⁹. Si la educación supone conocimiento, la persuasión se dirige al convencimiento.

El terreno de los incentivos lo exploraremos a la hora de analizar lo que espera la Estrategia española de la ITSS, pero tales incentivos pueden discurrir, por ejemplo, por la vía del compromiso de programas de seguimiento sin ejercicio de la potestad sancionadora o a través de la rebaja de las cotizaciones sociales por contingencias profesionales, en atención a informes evacuados de la ITSS acerca de las inversiones o mejoras realizadas por las empresas en prevención de riesgos laborales.

Hasta aquí hemos examinado la influencia de la política comunitaria en la acción inspectora destinada a la aplicación de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. A continuación procede testar lo ocurrido en nuestro ámbito doméstico.

El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo (AMCE) de 2006³⁰ dedicó un punto a la ITSS³¹, cuyo contenido se incorporó parcialmente al Real Decreto-ley 5/2006 y posteriormente a la Ley 43/2006³². Por lo que aquí concierne el AMCE mostró su preferencia por la actuación planificada y programada, por la actividad proactiva consultada pre-

viamente a los interlocutores sociales frente a la actividad reactiva o rogada derivada de la denuncia. Pero no se quedó ahí sino que entró a valorar la metodología de esa actividad inspectora, declarando que su contenido no podía quedarse en el «*estrictamente sancionador*». Por el contrario, la actuación inspectora proactiva debe tener también «*un carácter informativo y de promoción y divulgación de la normativa laboral*». Esta declaración está en línea con las estrategias europeas y resalta la necesidad de potenciar la labor pedagógica de la ITSS, acercándola al rango de la sanción, o al menos dejando de estimarla como algo circunstancial, secundario o accesorio³³.

Esta relevancia de la función informativa trae a colación el debate sobre los indicadores de evaluación de la actividad y eficiencia de la ITSS, pues en el caso de ejercicio de la potestad sancionadora estos indicadores han consistido mayoritariamente en fórmulas cuantitativas relativas al número de infracciones, requerimientos y órdenes de paralización por sectores, materias o trabajadores afectados. Sin embargo, la labor promocional permite ser valorada a través de los indicadores de calidad previstos en el artículo 29.1.2º de Real Decreto 138/2000 como medio de seguimiento y evaluación de la actividad inspectora objeto de planificación³⁴.

²⁹ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. «*Indicadores de eficacia de la actuación inspectora*» Congreso Nacional de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, «*La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante los nuevos ritos del siglo XXI*», Murcia, octubre de 2005.

³⁰ Suscrito el 9 de mayo de 2006 por el Gobierno y las Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

³¹ El punto sexto denominado «*Inspección de Trabajo y Seguridad Social*» dentro del apartado II titulado «*Medidas para mejorar la utilización de la contratación temporal. Cesión ilegal de trabajadores. Contratas y Subcontratas. Inspección de Trabajo y Seguridad Social*».

³² Ley 43/2006, de 29 de diciembre de mejora del crecimiento y el empleo (B.O.E. 12 de febrero de 2007).

³³ VALVERDE ASENCIO, A. J. «*La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social como objeto del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo*» en *La Reforma Laboral de 2006 AA. VV.* Coordinada por CRUZ VILLALÓN, J. Lex Nova, 2006 p. 313, entiende que la función de control de la ITSS debe continuar siendo la función principal por que el Derecho Administrativo Sancionador se constituye las más de las veces en el único mecanismo efectivo de perfección de las normas sociales. Lo que no obsta a que las actividades de carácter informativo, de promoción y divulgativas de la norma puedan complementar a dicha función principal.

³⁴ DE SANTOS SÁNCHEZ, V. «*La Inspección de Trabajo y la Reforma Laboral*» en *Temas Laborales* nº 85/2006, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, p. 212, en relación con los indicadores y su reflejo en el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (B.O.E. del 16).

Consecuencia del AMCE, y más concretamente de la Disposición final primera de la Ley 43/2006, es que se han articulado, en el ámbito de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, órganos de representación de carácter consultivo y de composición tripartita y paritaria, con el fin de que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas sean consultadas y puedan formular propuestas sobre los objetivos y programas de la ITSS. La Orden TAS 3869/2006 de 20 de diciembre creó la Comisión Consultiva Tripartita de la ITSS, cuyo artículo 3 dirige sus funciones de asesoramiento, propuesta e informe a materias tales como «*diseño de estrategias*» para la actuación inspectora o «*criterios y orientaciones operativos*». Lo cual indica que los interlocutores sociales van a contar con un cauce institucional permanente para opinar e influir sobre el proceder de la ITSS y la adopción de medidas alternativas o compatibles con la sanción³⁵.

Dentro de los aspectos negativos que relaciona la actual Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) se encuentra el del cumplimiento formal y burocrático de las obligaciones preventivas. A similar conclusión llegó con anterioridad la mesa de Diálogo Social de 30 de diciembre de 2002, precursora de la reforma operada en la LPRL por la Ley 54/2003. Sin embargo, el análisis causal de la situación dista mucho de ser el mismo pues si hasta ahora no se discutía la virtud de la normativa de prevención sino sólo su inadecuada aplicación por los sujetos de prevención, en particular por los asesores externos especializados, en la Estrategia actual se reconoce que, entre otras razo-

nes, «*el número y la complejidad de las normas en materia de prevención de riesgos laborales dificultan su cumplimiento, particularmente por las pequeñas y medianas empresas*». Esta evolución crítica que discurre desde la deficiencia en la voluntad real a la dificultad en el cumplimiento, es un argumento principal para justificar medidas de apoyo a las PYME, en consonancia con lo previsto en la Estrategia comunitaria.

Por lo que respecta a la ITSS, la Estrategia³⁶ le faculta para establecer programas de actuación «*en los que se prestará apoyo y asesoramiento a las empresas de hasta 50 trabajadores que se acojan a los mismos*». Se trata del Programa Voluntario para la Reducción de Accidentes (PreVea)³⁷. La principal peculiaridad es que «*en estos programas, se podrá evitar la propuesta de sanciones... siempre que se cumpla la planificación..., y... la consecución de objetivos de mejora de (las) condiciones de seguridad y salud en el trabajo, y... la ausencia de accidentes de trabajo... o de enfermedades profesionales*».

En consecuencia, esta medida de asesoramiento y apoyo se ha convertido en una medida alternativa a la sanción. En este sentido se acerca a la función de «*incentivar*» que la presente Estrategia comunitaria encomienda a la ITSS y que aquí consiste en evitar actuaciones de control³⁸. Este incentivo conduce a

³⁶ Ver Estrategia citada en apartado IV, letra A, objetivo 1 «*lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa, con especial atención a las pequeñas y medianas empresas*» y objetivo 3.4

³⁷ Aprobado en sesión plenaria de 15 de diciembre de 2008 por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

³⁸ De acuerdo con los criterios aprobados en la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo «*la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no realizará visitas planificadas ni actuaciones sancionadoras relativas a deficiencias cuyas correcciones estén programadas, y en la medida que el programa se cumpla, salvo en caso de accidente de trabajo, o enfermedad profesional que deban ser informados de manera preceptiva por la misma... o denuncia relativa a incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales*».

³⁵ La Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) insiste en esta vía, pues al abordar en su apartado 7.2 las medidas que se adoptarán en relación con la ITSS incluye la garantía «*a nivel central y autonómico, (de) la participación de los interlocutores sociales en la definición de objetivos, criterios y actuaciones, así como en la evaluación de los resultados obtenidos*».

un compromiso empresarial plasmado en un plan de actuación de mejora de condiciones materiales, organización del trabajo, procesos, gestión e integración de la prevención.

Una práctica comparada es la que llevan a cabo países nórdicos, en los que tras una clasificación de las empresas, previo chequeo del cumplimiento de las obligaciones preventivas, las actuaciones inspectoras se distribuyen en atención a los criterios de voluntad y medios de las empresas para cumplir. La ITSS actúa mediante el asesoramiento y apoyo a quien tiene voluntad de mejorar su gestión preventiva, y actúa mediante la función de control respecto de quien carece de voluntad de mejora³⁹.

El programa PreVea sostiene la exclusión de la función de control inspectora a cambio de la puesta en práctica de un completo plan de mejora preventiva sometido al seguimiento de la Administración laboral mediante informes periódicos. Este programa supone para la empresa reducir la posibilidad de que le impongan una sanción administrativa. Se trata de la mejora de la prevención a cambio de no sufrir una sanción pero, si damos un paso más, aparece el debate sobre el canje de una sanción por la acreditación de la adopción de determinadas medidas, conducta u organización preventivas. Este debate parte de una sanción ya impuesta y la conveniencia de conmutarla por otro tipo de medidas. No se trata de evitar la sanción económica sino de sustituirla.

Este asunto precisa de un riguroso estudio, pero no podemos dejar de apuntarlo aquí, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha introducido la posibilidad de sustituir las sanciones accesorias (pérdida y

³⁹ PER LANGAA JENSEN, JENS JENSEN, «Palo y zanahoria: estrategias de la inspección danesa», en IV Foro ISTAS de Salud Laboral, Madrid del 23 al 25 de noviembre de 2005.

exclusión de beneficios derivados de programas de empleo) «por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la ITSS»⁴⁰. Se trata de una posición prudente, pues mantiene en todo caso la sanción principal (multa), pero novedosa en el ámbito social del Derecho administrativo sancionador.

Una cuestión clave es que la medida sustitutiva de la sanción conlleve un plus frente a lo que podríamos calificar como cumplimiento ordinario, o lo que antes hemos definido como mínimo exigible, pues en caso contrario no existiría reproche alguno por incumplimiento, perdiendo el sentido de ejemplaridad, consustancial a toda sanción administrativa, y propiciando la «prevención a la espera». Ese plus, en la novedosa regulación mencionada, consiste en que la elaboración del plan de igualdad puede no ser exigible inicialmente por el tamaño de la empresa⁴¹ y en que éste ha de ajustarse a los «*términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral*».

A lo largo del presente epígrafe se ha puesto de manifiesto que para lograr la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, la ITSS debe utilizar todos los medios a su alcance, creciendo en importan-

⁴⁰ La Disposición adicional decimocuarta de la Ley Orgánica 3/2007 añade un nuevo artículo, el 46 bis, a al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000. Ver CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I., «Infracciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 78 p. 279, 280, 288 y 289. DE SANTOS SÁNCHEZ, V. «El papel de la Administración laboral en la tutela de la igualdad de trato», en Boletín de Información y Análisis Jurídico, nº 28, septiembre de 2008, Instituto Andaluz de la Mujer.

⁴¹ El artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007 establece la obligatoriedad de la elaboración y aplicación de planes de igualdad en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores.

cia el asesoramiento y la información si con ellos se consiguen resultados evaluables. La función asesora, si la ejerce un órgano con capacidad sancionadora aún a título de propuesta, permite, en caso de ineficacia y sin cambiar de sujeto activo, su sustitución por una actuación coercitiva. En general, «*se acepta que si el objetivo de la inspección es velar por el respeto de la ley, ésta debe entonces conjugar ambos instrumentos, control del cumplimiento y asesoramiento. Ambos no son excluyentes*»⁴². Todo ello pese a la dificultad de encontrar un equilibrio entre las funciones de asesoramiento y control de la Inspección de Trabajo, como ha puesto de manifiesto el Estudio general de la Comisión de Expertos de la OIT de 2009 para la seguridad y salud en el trabajo⁴³.

LA NORMATIVA DE PREVENCIÓN: DE LA INABARCABILIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN

Las peculiaridades de la normativa reguladora de la prevención de riesgos laborales son las que condicionan y modelan la forma de actuar de la ITSS en el fomento y control de su aplicación, marcando diferencias con otros cuerpos normativos. Sin embargo, no toda la normativa de prevención goza de similares características, pues la misma no se nutre exclusivamente de regulaciones *ad hoc* sino de todas aquellas susceptibles de producir medidas preventivas en el ámbito laboral (artículo 1 de la LPRL).

La calificación de una normativa como «*constitutiva*» de prevención de riesgos labo-

rales no es de tipo doctrinal sino legal. Son el título y la dicción del artículo 1 de la LPRL los que definen qué normas constituyen la normativa de prevención de riesgos laborales, adoptando una fórmula que permite englobar aquellas que no siendo normas laborales, por su origen y finalidad, sin embargo repercuten en la seguridad y salud de los trabajadores en el centro de trabajo.

Por ejemplo, la normativa reguladora del mantenimiento para la seguridad de un aparato elevador o de los requisitos de una instalación eléctrica no es inicialmente normativa de prevención de riesgos laborales, pero se convierte en tal en cuanto el ascensor o la instalación eléctrica son los de un centro de trabajo y sus condiciones atañen a la seguridad de los trabajadores del citado centro. Hasta tal punto esto es así que el Tribunal Supremo considera que tiene el «*carácter*» de normativa de prevención, «*en la medida en que resulta de aplicación... el Reglamento de Seguridad Privada, el RD 2364/94, de 9 de diciembre y la Orden de 23-4-1997, de desarrollo del mismo*». Dicho pronunciamiento lo realiza en el contexto de la valoración del riesgo de atraco en una sucursal bancaria como riesgo laboral para los trabajadores que prestan servicios en la misma, y en respuesta a la alegación del recurrente sobre el objeto de dicha normativa (requisitos exigibles a las empresas de seguridad, instalaciones y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad electrónica contra el robo e intrusión, transporte y custodia de efectos y valores), y el control y supervisión realizado por la Dirección General de la Policía⁴⁴.

El origen de este amplio concepto de normativa de prevención hay que situarlo en que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es un derecho laboral «inespecífico»⁴⁵, en la

⁴² VON RICHTHOFEN, W. «*La Inspección de Trabajo. Guía de la profesión*». Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, colección Informes OIT, nº 65, p. 158 y ss.

⁴³ Ver RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «*Pro-mover...*» *op. cit.*, p. 8 y 9.

⁴⁴ Sentencia del TS (Social) de 25 de junio de 2008 Ar. RJ\2008\4450.

⁴⁵ Ver PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. «*El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: la Ley 31/1995, de 8 de noviembre*» en *Actualidad Laboral*, nº 1 de 1996.

medida en que es una manifestación del derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 de la CE). El TCo admite la eficacia horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales y, más concretamente, en el contrato de trabajo al declarar 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»⁴⁶. Avanzando en esta argumentación, el TCo ha declarado últimamente que la LPRL es una «concreción legal» en el ámbito de la prestación del trabajo de la protección constitucional que impone una tutela del trabajador por exigencia, entre otros, de los derechos consagrados en el artículo 15 de la CE. Asimismo, entiende que la LPRL en su dimensión constitucional es «desarrollo de la tutela propia del derecho fundamental a la integridad física de la trabajadora... (art. 15 CE)⁴⁷».

Este complejo entramado normativo alcanza su máxima expresión con las normas denominadas «jurídico-técnicas», nutridas fundamentalmente de reglamentos procedentes de ámbitos de la Administración distinto del laboral, como el de fomento u obras públicas, industria, medio ambiente, agricultura, etc. Estas normas entran de lleno en el concepto de normativa de prevención del artículo 1 de la LPRL por vía de su incidencia en las medidas preventivas que deben adoptarse en el lugar de trabajo. Su conocimiento y aplicación suelen requerir una alta especializa-

⁴⁶ STC nº 106/1996 de 11 de julio citada por PRA-DOS DE REYES, F. J. Coordinador de «Contrato y relación de trabajo» en «Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional» VV.AA. XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales-CARL, Tecnos 2001, p. 180 y ss. al estudiar el contrato de trabajo y los derechos fundamentales no específicamente laborales. Ya desde antiguo STC nº 88/1985 de 19 de julio.

⁴⁷ SSTC nº 62/2007, de 27 de marzo, F. 5º y nº 160/2007, de 2 de julio, F. 5º.

ción técnica y la función de control ordinaria le corresponde a otros órganos inspectores⁴⁸.

A partir del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁴⁹ resulta claro que las normas jurídico-técnicas entran de lleno en la órbita competencial de la ITSS para fundamentar infracciones a la normativa preventiva, pues ya no se reserva su incumplimiento sólo a efectos de «declaraciones de los derechos de los trabajadores en materia de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y Seguridad Social»⁵⁰, aunque sin duda su vulneración habrá de ponerse en conexión bien con normas preventivas laborales⁵¹ bien con situaciones de riesgo para la salud de los trabajadores⁵².

⁴⁸ FERNÁNDEZ MARCOS, L. en «La aplicación de la normativa técnica no laboral en materia de prevención de riesgos laborales», Actualidad Laboral, nº de 2001, p. 195 y ss. realiza un detallado estudio sobre la materia. FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. y GARCÍA MURCIA, J. abordan las infracciones sociales extrasistemáticas para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en los ámbitos sectoriales de la energía nuclear, actividad sanitaria, transportes por carretera, deporte profesional, vigilancia y seguridad privada, sectores marítimo y portuario, navegación aérea, minas e industria en «Infracciones extrasistemáticas del empresario en materia social», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 78, p. 80 y ss.

⁴⁹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (B.O.E. del 8).

⁵⁰ Previsión contenida en el artículo 41 de la derogada Ley 8/1988 sobre infracciones y sanciones en el orden social, que permitió mantener que las normas jurídico-técnicas no eran normativa preventiva a efectos de sanción por la Autoridad Laboral con el sistema sancionador derivado de la LPRL. Ver CASAS BAAMONDE, M. E. en «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador» de «Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales» VV.AA. La Ley-Actualidad, 1997, p. 157. Por el contrario ya adelantaron esta posición antes de la publicación del Texto Refundido de la LISOS, MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. en «Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo», McGraw Hill, 1996, p. 51-52, y GARCÍA MURCIA, J. en «Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo», Aranzadi 1998, p. 67.

⁵¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L. «La aplicación...» op. cit. p. 207.

⁵² CARRERO DOMÍNGUEZ, C. «El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales» La Ley, 2001, p. 157.

La dificultad en controlar la aplicación de esta normativa estriba no sólo en su número, complejidad técnica y variada naturaleza sino en su remisión a instrucciones técnicas complementarias, normas técnicas y especificaciones técnicas –procedentes estas dos últimas de procesos de *normalización*, como por ejemplo normas UNE–, e incluso de remisiones finales al fabricante.

Un buen ejemplo lo tenemos en la Sentencia del TSJ de Aragón de 28.02.2001⁵³. En ella se anula una resolución administrativa confirmatoria de un acta de infracción levantada porque la ITSS comprobó una situación de riesgo grave e inminente durante el montaje del tercer tramo de una grúa torre con gran balanceo por existir rachas de viento de 48 km/h., careciendo de proyecto de montaje de la citada grúa. El eslabon normativo comenzó por la LPRL, continuó por la normativa industrial contenida en el Real Decreto 2291/1985 de 8 de noviembre por el que se aprobó el Reglamento de aparatos de Elevación y Manutención, desarrollado por la entonces vigente Orden de 28 de junio de 1988 por la que se aprueba la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEM2 referente a grúas desmontables para obras⁵⁴, que se remitía a la norma UNE 58-101-80, parte II «Aparatos pesados de elevación. Condiciones de resistencia y seguridad en las grúas-torre desmontables para obras»; para, finalmente, acabar en las instrucciones de montaje del fabricante, que definía el montaje como no admisible a partir de una velocidad del viento de 50 km/h. concluyendo la sentencia que el montaje se encontraba «dentro de los parámetros de la dificultad por el viento pero no por la peligrosidad, por no exceder del tolerable...».

Esta profusión normativa se centra en las disciplinas preventivas tradicionales, la

⁵³ STSJ de Aragón (C-A) de 28 de febrero de 2001, Ar. JUR\2001\284067.

⁵⁴ Derogada y sustituida por la ITC aprobada por el Real Decreto 836/2003, de 27 de junio.

seguridad y la higiene industrial, pero no ocurre lo mismo con la ergonomía y la psicología aplicada. Especialmente en este último caso tienen especial importancia los acuerdos colectivos y las «buenas prácticas» en el contexto del denominado «soft law», hasta el punto de existir un importante debate en torno a la conveniencia de una regulación heterónoma tradicional sobre la materia, en términos de seguridad jurídica, eficiencia y adaptación a la realidad socio-económica de cada empresa⁵⁵.

La distancia normativa entre unas y otras disciplinas preventivas determina que el papel de la ITSS esté más o menos condicionado. Mientras en la seguridad en el trabajo y en la higiene industrial puede primar un enfoque más técnico-reglamentista respecto de las condiciones materiales, ocurre todo lo contrario en el campo de los riesgos psicosociales, donde los factores organizativos, relacionados con la libertad de empresa, requieren un tratamiento por parte de la ITSS favorecedor de conductas, comportamientos y medidas no previstas normativamente, que prevengan el acaecimiento de daños derivados del trabajo –entendiendo por daños no sólo aquellos que tengan una causalidad directa con el trabajo, es decir «con motivo» del trabajo, sino incluidos aquellos en los que concurre una causalidad indirecta o condición, es decir «con ocasión» del trabajo⁵⁶–.

Hay por tanto una transición en la regulación de la prevención de riesgos laborales que opera desde las medidas preventivas «previstas» normativamente hacia las medidas preventivas «necesarias», estén o no concretadas y determinadas en la normativa de referencia. En cumplimiento del deber de preven-

⁵⁵ Ver MOLINA NAVARRETE, C. en «El Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo» Bomarzo, 2008, sobre argumentos a favor y en contra de enfoques jurídico y práctico en relación a los denominados «riesgos emergentes».

⁵⁶ En los términos de la STS (Social) de 25 de junio de 2008 ya citada.

ción, el artículo 14 de la LPRL exige garantizar la seguridad y salud adoptando cuantas medidas sean necesarias. Este trascendental cambio normativo, basado en la eficacia preventiva mediante la libertad técnica, ya fue calificado de «Derecho reflexivo»⁵⁷. El Tribunal Supremo recuerda que la diligencia del empresario «*como deudor de seguridad, para un amplio sector doctrinal no se agota con el incumplimiento de las prevenciones legales en la materia, sino que se requiere la prueba cumplida de la diligencia necesaria para evitar el resultado dañoso*»⁵⁸.

El concepto de «medidas necesarias» supone un nuevo reto en la evolución de la metodología inspectora, pues la decisión de cuáles hayan de ser le corresponde al empresario, pero la calificación sobre su adecuación y suficiencia puede dar lugar a responsabilidades de diversa índole. Las variables de riesgo y daño en el trabajo dan lugar a que procedan medidas no consideradas estrictamente como laborales; es el caso, por ejemplo, de las relativas a la seguridad frente a la violencia en el trabajo⁵⁹.

La posición de la Dirección General de la ITSS, al menos en cuanto a los riesgos psicosociales, consciente de la nueva realidad, apuesta por promover la acción del sujeto responsable: «*Ante la falta de previsión de la norma legal, corresponde de forma exclusiva al empleador la adopción de las medidas que considere razonablemente adecuadas a cada situación y, por tanto, no es tarea del Inspector llevarla a cabo, sin perjuicio de las reco-*

⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. en «*El desarrollo reglamentario de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*», Relaciones Laborales, 1997, tomo II, p. 56 y ss.

⁵⁸ STS (Social) de 20 de septiembre de 2007, Ar. RJ\2007\8304.

⁵⁹ La STS citada en la nota anterior recoge que la empresa no mantuvo el servicio de agente de la autoridad pese a que la trabajadora que prestaba servicios en la biblioteca municipal sufrió amenazas y agresiones verbales y físicas, algunas de naturaleza sexual.

mendaciones y asesoramiento que pueda realizar a este respecto»⁶⁰.

La fuerza expansiva y atractiva de esta normativa abierta y garantista no ha sido fácilmente entendida y aceptada en el decenio siguiente a la LPRL y sigue planteando problemas de interpretación y aplicación, especialmente en cuanto a los límites de los deberes de prevención de riesgos laborales⁶¹. A título de ejemplo, la controvertida Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2008 mantiene que la responsabilidad empresarial contractual en un caso de acoso sexual horizontal «*no puede basarse... en los deberes de prevención de riesgos laborales*», pues estos se refieren al propio entorno laboral sin que pueda «*abarcar la prevención un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral*»⁶².

Esta transición normativa de una tradición técnico-reglamentista hacia una visión basada en la gestión garantista adaptada a las circunstancias de cada empresa y de las personas que trabajan en las mismas⁶³, es

⁶⁰ Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo, p. 11 en el apartado relativo a «*infracciones por falta de intervención ante la identificación de riesgos psicosociales*».

⁶¹ Ver GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. «*El acoso en el trabajo: límites de los deberes de protección y responsabilidades solidarias (comentario a la STS 15 de diciembre de 2008, recurso 178/2008)*» en Relaciones Laborales nº 20 de 2009.

⁶² STS (Social) de 15 de diciembre de 2008, Ar. RJ\2009\1612.

⁶³ La STSJ de Cantabria (Social) de 16 de julio de 2004, Ar. AS\2004\2100 mantiene que «*la visión de la responsabilidad preventiva como una infracción de normas reglamentarias no es acorde con el enfoque de la LPRL y en general, de la normativa europea que se incorpora mediante la misma, siendo tal visión un mero residuo o eco del artículo 565 del antiguo Código Penal, cuando tipificaba como delito la imprudencia simple con infracción de reglamentos, pero que no tiene base sin fundamentación jurídica en la que hoy pueda ampararse*».

posible gracias a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, que vienen a concretarse por cada empresa fijando sus propias reglas de juego. Tan es así que, en muchos casos, el incumplimiento normativo se perpetra a través de la vulneración de las medidas que la propia empresa había previsto adoptar. El TS (jurisdicción penal) tuvo ocasión de precisar que la infracción del deber de cuidado aconteció por la inobservancia de lo que *«mandaba el estudio de seguridad...que no era otra cosa que la concreción para esta obra de las medidas de precaución ordenadas de una manera genérica»* por la LPRL⁶⁴.

Los conceptos jurídicos indeterminados han de convertirse en *lex certa*, desde el punto de vista de la tipificación de las infracciones, porque su *«concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada»*⁶⁵. La falta de entendimiento de la naturaleza de la normativa de prevención ha llevado, en ocasiones, a que se califiquen los artículos de la LPRL como «preceptos genéricos» (artículos 15.2, 19 o 22 LPRL) que no se pueden tomar como base para imponer una sanción si no existe una especificación de la obligación a través de un reglamento, convenio colectivo o plan de empresa⁶⁶.

La concreción de conceptos jurídicos indeterminados en función de las características de cada empresa ha de realizarse a través de un sistema de gestión, como vehículo para el cumplimiento de la normativa a través de una mejora continua de las condiciones de

trabajo⁶⁷. Así, por ejemplo, una formación «suficiente y adecuada» (art. 19 LPRL) es impensable sin un previo conocimiento de las necesidades formativas, en función de riesgos, medidas preventivas, cualificación de trabajadores, etc. La cadencia de los «controles periódicos» de las condiciones de trabajo (art. 16.2.a LPRL), la magnitud de los recursos humanos y materiales «necesarios» (art. 16.2.b LPRL), «disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficiente en número» (art. 30.2 LPRL), son ejemplos de rango legal de obligaciones con distintas fórmulas de cumplimiento en cada empresa. Esto sin entrar en el detalle reglamentario regulador de condiciones materiales, conteniendo alusiones relativas a recursos precisos, medidas necesarias, adecuación, suficiencia, estabilidad, solidez, verificación de manera apropiada o a intervalos regulares, etc.

El TS en Sentencia de 23 de septiembre de 2009 ha declarado la corrección de la imposición de sanciones por una deficiente organización del sistema preventivo al no *«materializarse en el caso concreto ese sistema de prevención»* (FJº tercero) y por falta de adecuación de la formación impartida respecto del riesgo que provocó el daño (FJº sexto)⁶⁸.

⁶⁷ La STS (C-A) de 23 de septiembre de 2009.

⁶⁸ Sentencia del TS (C-A) de 23 de septiembre de 2009, Ar. JUR\2009\423637, *«El acta parte, precisamente, de que la empresa contaba con la previsión genérica suficiente para, a partir de ella, articular un sistema de prevención de riesgos en el trabajo en principio idóneo para evitar o, en su caso, minimizar los mismos. Pero, a continuación, lo que se está sancionando es que no se materializara en el caso concreto ese sistema de prevención... (ante un) riesgo que la empresa no puede en ningún caso minimizar, dado su conocimiento técnico sobre dicha posibilidad, que llegó a materializarse, creando el riesgo real y efectivo ya referido; con quiebra del principio de seguridad integrada expuesto en el art. 1 del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/97, de 17 de enero), mejorando los niveles de protección existentes (art. 14.2 de la Ley 31/95, de 8 de noviembre). Lo que pondría en evidencia una deficiente organización del sistema preventivo aplicado en este caso, en relación con la situación de riesgo grave e inminente originada»*, reproduciendo la argumentación de la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (C-A) de 5 de noviembre de 2007, Ar. PROV\2008\67830.

⁶⁴ STS (Penal) de 5 de septiembre de 2001, Ar. RJ\2001\8340.

⁶⁵ CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.* p. 159, relacionada reiterada jurisprudencia constitucional: STC 122 y 133/1987, de 14 y 21 de julio; 69 y 219/1989, de 20 de abril y 21 de diciembre; 149/1991, de 4 de julio; 116 y 305/1993, de 29 de marzo y 25 de octubre; y 184/1995, de 12 de diciembre.

⁶⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana (C-A) de 16 de enero de 2002, Ar. JUR\2002\214850.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, tan ajena a otros campos sociales como el de la Seguridad Social o el Empleo, precisa de una ITSS que pueda emitir un juicio o valoración fundado de lo que ocurre, con dos perspectivas: la exigencia de un mínimo de cumplimiento y la promoción de una mejora de lo cumplido. Lógicamente, dado el vasto ámbito de la prevención y la opción normativa por un sistema de gestión, la ITSS ha de emplear un mecanismo de presunción a favor del trabajo realizado por los técnicos especializados contratados interna o externamente por la empresa. Sobre la fiabilidad de un asesoramiento crítico con la empresa sufragado por la misma, aún con la finalidad de mejora, tendremos ocasión de profundizar más adelante.

Los medios con los que cuenta la gestión de la prevención, sin embargo, pueden ser objeto de un diferente control por la ITSS y más específicamente por nuestro sistema de exigencia de responsabilidades. Esto ocurre con la evaluación, planificación o investigación empresarial de los daños para la salud. Desde una perspectiva excesivamente simplista, pero que mueve a la reflexión, se pueden observar estos instrumentos de gestión bien a través de su incidencia en la mejora de la prevención bien como fundamento de una responsabilidad mal entendida que ha lastrado la apuesta por un cumplimiento real y no aparente de la norma.

Si la evaluación de riesgos es el elemento intelectual, que la gestión utiliza como fuente de conocimiento de lo que acontece para operar su mejora, una visión errónea la considera una declaración del sujeto responsable de sus propias deficiencias. Si la planificación es el elemento volitivo, a la que la gestión encomienda la puesta en práctica de las medidas correctoras o protectoras derivadas de la evaluación, la visión inversa la calificaría de declaración del sujeto responsable sobre la falta de adopción por él mismo de las medidas exigibles. Si la investigación de un daño se debe a la necesidad de conocer los errores

para cambiar el rumbo del sistema de gestión preventiva, otra versión lo recibe como información del sujeto responsable de las causas y circunstancias concernientes al daño.

Esta distancia en el entendimiento de la naturaleza de la norma preventiva, por un lado inflexible al exigir un resultado garantista y por otro lado abierta y evolutiva, en cuanto sistema de gestión personalizado y de mejora continua, ha ocasionado varios fenómenos que dificultan el control de la aplicación normativa. De una parte la «prevención documental» para ofrecer una apariencia de cumplimiento; de otra, la «prevención por encargo» mediante la gestión preventiva diferenciada de la ordinaria del proceso productivo, sin integración en esta última.

De tal manera, que la irrupción cuantitativa del orden jurisdiccional penal en la prevención de riesgos laborales y su relación con la función de control de la Administración, esté planteando problemas de una adecuada coordinación y delimitación de funciones, pudiendo observarse que existe en el derecho comparado y en la praxis española una tendencia a que la función de «control preventivo» corresponda a los sistemas de Inspección de Trabajo y la función de «control reactivo» ante la siniestralidad la ejerza el orden jurisdiccional penal⁶⁹.

En definitiva, la evolución desde un enfoque «cerrado, lineal, tecnocrático, prescriptivo y represivo» basado «en el establecimiento legal de obligaciones precisas»⁷⁰ hacia un enfoque garantista con obligaciones de resultado y no de medios, fundamentada en estrategias de mejora continua del sistema, condi-

⁶⁹ Ver VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. un extenso y profundo estudio sobre la materia en «Puntos críticos del procedimiento administrativo sancionador en materia de prevención de riesgos laborales», incluido en «Hacia una ley integral de accidentes de trabajo», Consejo General del Poder Judicial, 2006 p. 151 y ss.

⁷⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. «Promover...», *op. cit.*, p.4.

ciona el control de la aplicación de la normativa preventiva y la exigencia de responsabilidad empresarial, entrando en liza el criterio de la posibilidad como contrapuesto al cumplimiento formal, en el sentido de que *«el empleador debe poner todos los medios posibles para evitar el daño»*, existiendo los *«subcriterios de la razonabilidad, utilización de todos los medios razonables y el de la máxima seguridad técnicamente posible»* con exoneración de la responsabilidad por supuestos excepcionales⁷¹. Si bien el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha concluido que no queda demostrado que la normativa británica, *«al circunscribir a los límites de lo razonablemente viable la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud»*, haya incumplido lo previsto en el art. 5 de la Directiva Marco 89/391⁷².

EL CONTROL DE LOS TERCEROS QUE ASESORAN Y ASISTEN AL EMPRESARIO: LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN AJENOS

El deudor de seguridad es el empresario quien, en cumplimiento de su deber de protección, ha de *«garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo»* (artículo 14.1 de la LPRL). Para ello integrará la actividad preventiva en la empresa y se dotará de una organización, pudiendo recurrir a una entidad especializada ajena, un Servicio de Prevención Ajeno (SPA)⁷³, para que le asesore y le asista. Dicha entidad contrastará con los medios necesarios para realizar las actividades preventivas (artículo 31.2 de la LPRL).

⁷¹ STSJ del País Vasco (Social) de 25 de marzo de 2003, Ar. AS\2003\2262.

⁷² STJCE de 14 de junio de 2007, Ar. TJCE\2007\141, asunto C-127/05.

⁷³ Salvo obligatoriedad de constituir un Servicio de Prevención Propio según el artículo 14 del RD 39/1997 ya citado.

Mucho se ha escrito sobre el funcionamiento de los SPA, la externalización de la prevención y su contribución a la cultura preventiva⁷⁴, pero lo que aquí corresponde es abordar las dificultades que para el control por la ITSS de la aplicación de la normativa supone la aparición de nuevos sujetos en el panorama de la prevención *«y, en último término, de un sector emergente: el sector de la prevención»*⁷⁵. La LPRL expresamente encomienda a la ITSS la función de *«comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención establecidos en la presente Ley»* (artículo 9.1.e).

Desde la perspectiva del control, el punto de partida es que el SPA se ha convertido en sujeto responsable de infracciones administrativas por incumplimientos que se producen en el ámbito de relaciones laborales de otro, el del empresario para quien se presta el servicio. Dicho de otro modo, los incumplimientos del SPA no sólo recaen sobre obligaciones propias sino sobre obligaciones ajenas, de tal forma que dos tipos de infracciones administrativas incumben al SPA: por una parte aquellas referidas a sus propias obligaciones legales (acreditación o incompatibilidades)⁷⁶ y, por otra, la que tipifica incumplimientos respecto *«de sus empresarios concertados, de acuerdo con la legislación vigente»* (artículo 12.22 de la LISOS). Todas ellas han provocado incidencias de nuevo cuño que merecen, al menos, ser apuntadas.

La redacción del tipo infractor del artículo 12.22 de la LISOS alude a obligaciones pre-

⁷⁴ A título de ejemplo VÁZQUEZ MATEO, F., *op. cit.*, p. 22 y ss. hace un recorrido por la tendencia legislativa interna a dar preferencia a los SPA, manteniendo que con estos en exclusiva y sin implicación interna de empresas y trabajadores *«difícilmente podrá existir una cultura preventiva auténtica y eficaz»*.

⁷⁵ En términos de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2010), en el apartado de aspectos positivos del diagnóstico de la situación de la prevención de riesgos laborales en España.

⁷⁶ Artículos 12.21, 13.11 y 13.12 de la LISOS.

ventivas establecidas por la norma pero cuya ejecución es contratada, total o parcialmente, a través de un contrato mercantil, lo que implica que su incumplimiento suponga una vulneración tanto del contrato como de la norma.

Esta situación de duplicidad de incumplimientos, normativo y contractual, puede dar lugar a una duplicidad de responsabilidades, la administrativa y la civil. Yendo más allá, el incumplimiento normativo puede imputarse a dos sujetos distintos, el SPA y el empresario. En este caso existiría identidad de hecho y fundamento, pero no sería de aplicación el principio «*non bis in idem*» por carencia de identidad en los sujetos.

La nueva situación para la ITSS consiste en que entre sus funciones está la de analizar los conciertos preventivos como los concretos servicios prestados⁷⁷. Ello conlleva un nuevo enfoque, el de verificar la adecuación y ejecución de contratos suscritos entre el empresario y una entidad mercantil (acreditada administrativamente), en los que los trabajadores no son parte.

El origen de este planteamiento se encuentra en el nuevo modelo preventivo que el ordenamiento jurídico ha establecido a partir de 1995 donde, a la regulación de las condiciones materiales, se añade la de la gestión de la prevención. Si antes de la LPRL la ITSS detectaba incorrecciones en dichas condiciones materiales, ahora se pretende que la empresa se dote de una organización preventiva (integración, recursos propios y ajenos) que detecte por sí misma las deficiencias (evaluación de riesgos) y sea capaz de corregirlas (planificación) a través de un sistema

⁷⁷ El análisis lo sitúa en términos de «análisis de la calidad» la «Guía de actuación inspectora respecto de servicios de prevención ajenos» elaborada por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se puede consultar en <<http://www.mtin.es/its/web/>>.

de gestión⁷⁸. En consecuencia, la ITSS ha de controlar si el sistema de gestión funciona adecuadamente, aunque la realidad de estos últimos años es que el antiguo planteamiento de control de condiciones materiales se ha venido manteniendo intacto⁷⁹ y, además, se ha añadido el relativo al control de la gestión preventiva.

Sin ser este el contexto para estudiar la naturaleza jurídica de la figura de los SPA (por ejemplo su cercanía a la figura del «auxiliar contractual» de configuración civilista⁸⁰, la posible aplicación de principios penalistas como el de la culpabilidad y personalidad de la pena⁸¹ o la figura de la delegación de fun-

⁷⁸ La Ley 25/2009 citada introduce un nuevo apartado, el 2 bis, en el artículo 16 de la LPRL, relativo a la simplificación de tres instrumentos de la gestión preventiva: el plan, la evaluación y la planificación.

⁷⁹ De hecho no sólo se ha mantenido sino que se ha reforzado a través de la labor que efectúan los técnicos habilitados para colaborar en funciones comprobatorias con la ITSS, referida en exclusiva a dichas condiciones materiales o técnicas en virtud de lo establecido por el artículo 61 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS (B.O.E. del 16), en redacción establecida por el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio (B.O.E. del 23).

⁸⁰ Utilizada por ejemplo en la responsabilidad de la aseguradora de asistencia médica al asegurado por negligencia de centro médico concertado. La primera, como garante del servicio, responde ante el asegurado por deficiencias de su auxiliar contractual, SS TS (Civil) nº 1.242/2007 de 4 de diciembre Ar. RJ 2008\251, nº 1.210/2008 de 19 de diciembre Ar. RJ 2009\536, nº 438/2009 de 4 de junio Ar. RJ 2009\3380.

⁸¹ LÓPEZ PARADA, R. A. en «III Jornadas Técnicas de ITSS», Málaga 2003, mantuvo que existen varias posibilidades interpretativas sobre la imputación de la responsabilidad sancionadora a los SPA «desde un punto de vista objetivista que haría abstracción del principio de culpabilidad, nos basaríamos en la teoría del auxiliar contractual para mantener la responsabilidad punitiva exclusivamente en el ámbito de la empresa empleadora, de forma que los servicios de prevención solamente serían sancionables por sus infracciones específicas. Un punto de vista subjetivista, basado en el principio de culpabilidad y de personalidad de la pena, permitiría sancionar a ambos con sanciones independientes, empresa y servicio de prevención externo o entidad auditoria, según el nivel

ciones estudiada por la doctrina penal⁸²), lo cierto es que el empresario debe ser consciente de que le sigue correspondiendo la posición de garante de la seguridad y salud de los trabajadores pese a auxiliarse de un SPA, y que debe conocer lo que ha concertado y exigir el cumplimiento de lo pactado, a efectos de modalizar su responsabilidad. En este sentido, puede darse el caso de que el SPA no cumpla sus obligaciones porque el empresario no le suministró información suficiente. Esto ocurrió en un asunto sobre la falta de investigación por el SPA de daños derivados para la salud porque la empresa no le informó del accidente de trabajo, o en un supuesto en el que el SPA no dio formación específica a un trabajador porque las funciones contempladas en el contrato de trabajo no se correspondían con las realmente desempeñadas⁸³.

No obstante, la posición adoptada por la última reforma normativa y por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es la de que ante un incumplimiento normativo relativo a una actividad preventiva existen dos infracciones, una del empresario, la otra del SPA⁸⁴. El artículo 19.1 del RD 39/1997 (en su redacción atribuida por

de culpa que pudiera atribuirse a cada uno. Un punto de vista intermedio establecería, como en el caso de las subcontratas, la responsabilidad solidaria de todos ellos».

⁸² Los requisitos que conforman una correcta delegación de funciones según reiteradas resoluciones de nuestros Tribunales son el deber de elección en quien tenga capacidad para controlar la fuente de peligro, deber de instrumentalización facilitando los medios necesarios para desarrollar las funciones preventivas, y deber de control, verificando que la delegación se desenvuelve dentro de lo previsto. Por todas Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de noviembre de 2002 Ar. ARP 2003\410 citando al TS en Sentencia de 14 de julio de 1999.

⁸³ Ver Sentencia del TSJ de Madrid (C-A) nº 1088/2005 de 16 de septiembre Ar. JUR\2005\258068.

⁸⁴ La guía de actuación inspectora respecto de SPA citada indica en su punto 3.2 que «una evaluación de riesgos incorrecta o insuficiente supone para la empresa una infracción del art. 16 de la LPRL. Para el SPA un incumplimiento de las obligaciones contraídas...».

el RD 604/2006) establece que corresponde a la propia empresa la responsabilidad de la ejecución de las actividades concertadas, sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a los SPA en el desarrollo y ejecución de dichas actividades⁸⁵.

En este caso, no resulta fácil para el operador jurídico, como es la ITSS, superar una concepción subjetiva de la culpa o basada en las obligaciones asumidas, que afectaría al SPA como único sujeto responsable, para alcanzar una posición objetiva de incumplimiento por el garante, el empresario. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se comprueba que la actuación del SPA es deficiente con un número importante de empresas concertadas, por falta de organización y dotación de recursos humanos, lo que le conduce a un incumplimiento generalizado de los conciertos preventivos⁸⁶. Otro ejemplo lo tenemos en el Tribunal Superior de Justicia de Navarra cuando, ante una deficiencia en la evaluación de riesgos, los Magistrados de lo civil y penal adscritos a la Sala de lo Contencioso-Administrativo entendieron que existía responsabilidad administrativa del SPA y no del empresario, porque el primero asumió la realización del estudio y, por tanto, las consecuencias por deficiencias en su desarrollo⁸⁷, mientras que los Magistrados especialistas de lo contencioso-administrativo mantuvieron posteriormente, que no es extraño que, además de sancionar al SPA, se sancione

⁸⁵ VIDA SORIA, J. *op. cit.*, p. 1.791 y ss. mantiene que el tipo infractor del artículo 12.22 de la LISOS sobre incumplimiento de obligaciones preventivas concertadas es ambiguo, disonante con el tenor minucioso del resto de tipos, susceptible de equívocos en su interpretación, sin que pueda aceptarse una «desviación de responsabilidades del empleador (que es el que tiene el poder ejecutivo en una empresa, no se olvide) hacia el Servicio de Prevención».

⁸⁶ SS del TSJ de Baleares (C-A) nº 12/2004 de 9 de enero Ar. JUR 2004\60943, nº 657/2005 de 15 de julio, Ar. JUR 2005\185599.

⁸⁷ Sentencia del TSJ de Navarra (C-A) nº 1154/2003 de 6 de noviembre Ar. JUR 2004\108601.

también al empresario pues *«la obligación de prevenir los riesgos laborales es intransmisible a terceros e incumbe siempre al empresario, aunque pueda cumplirla de forma personal o valiéndose de terceros»*⁸⁸.

Estas dos sanciones, para empresa y SPA, pueden terminar afectando en exclusiva al patrimonio del SPA si la sanción a la empresa se convierte en indemnización a la misma por vía de la responsabilidad civil contractual⁸⁹. Baste recordar que recurrir a un SPA no exime al empresario de su deber, *«sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar»* contra dicha entidad especializada (artículo 15.4 de la LPRL). Y que el SPA, para actuar como tal, debe constituir una garantía que cubra su eventual responsabilidad (artículo 31.5 de la LPRL, modificado por la Ley 25/2009).

Estos motivos llevaron a algún SPA a argumentar que la sanción debe imponerse sólo al empresario, como garante de la seguridad y salud, y que *«éste ya repetirá contra la empresa de prevención por posible incumplimiento del convenio»*, dilucidándose la cuestión en un procedimiento civil por responsabilidad contractual *«sin que la Administración pueda inmiscuirse en el análisis decisorio de las obligaciones contractuales bilaterales concertadas»*. Tal argumentación fue resuelta

⁸⁸ Sentencia del TSJ de Navarra (C-A) nº 1338/2003 de 11 de diciembre Ar. JUR 2004\109649.

⁸⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz nº 204/2005 de 19 de mayo Ar. JUR 2005\133857 confirma una indemnización de un SPA a su empresario cliente concertado equivalente a la sanción que se impuso a dicho empresario por deficiente evaluación de riesgos, al no contemplar la existencia de la red aérea del tendido eléctrico de alta tensión. Por el contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos nº 56/2007 de 13 de febrero Ar. JUR\2007\217907, entendió que no correspondía indemnizar a la empresa concertada por posible responsabilidad del SPA en accidentes de trabajo, porque este cumplió con sus obligaciones de evaluación de riesgos y formación, sin que sea imputable al SPA la adopción de las medidas correctoras ni la asignación de trabajos en una máquina con deficiencias en seguridad previamente advertidas.

declarando el Tribunal que las obligaciones concertadas en el contrato son obligaciones de índole legal y, por ello, su incumplimiento integra el tipo infractor del artículo 12.22 de la LISOS; el SPA *«tiene unas obligaciones impuestas por Ley cuyo cumplimiento puede serle exigido por la Administración, e incluso sancionar dichos incumplimientos (mediante) una tipificación específica»*⁹⁰.

Esta reivindicación de que la libertad contractual preside las relaciones entre empresa y SPA, concretando su contenido obligacional y período de cumplimiento, es una dificultad añadida al control de la ITSS sobre la aplicación de la normativa preventiva. La naturaleza del contrato como instrumento para cumplir la LPRL plantea dos cuestiones que afectan a la libertad negocial: la primera versa sobre la posibilidad de acordar lo que consideren las partes y la segunda se refiere a la fijación de plazos de ejecución de lo acordado.

El primer asunto alude al control de la ITSS sobre la suficiencia del concierto y se constriñe a considerar si el contenido del concierto preventivo se puede fijar libremente por las partes, obligándose el SPA exclusivamente a lo que decidan acordar la empresa y él mismo.

En principio, la norma se dedica a regular el contenido mínimo del concierto de la actividad preventiva, disponiendo que se debe consignar en el mismo los *«aspectos de la actividad preventiva a desarrollar en la empresa, especificando actuaciones concretas y los medios para llevarla a cabo»* (artículo 20 del RD 39/1997)⁹¹, pero no prohíbe determinadas prácticas restrictivas del contenido concertado, que tienen más que ver con el abaratamiento del coste del concierto para la capta-

⁹⁰ Sentencia del TSJ de Baleares (C-A) nº 657/2005 de 15 de julio, Ar. JUR 2005\185599.

⁹¹ Aunque este artículo 20.1 del RD 39/1997 se modificó por el RD 604/2006, que le dio nueva redacción al apartado c), sin embargo se mantuvo el inciso citado precedente de la redacción original.

ción de clientes que con la finalidad de servir de instrumento para un asesoramiento y asistencia eficaz al empresario contratante.

Hay supuestos en que se concierta por la empresa un escaso contenido en actividades preventivas, con un bajo coste, ofreciéndose la apariencia de que está «cubierta» porque ha recurrido a un SPA y este, concededor de la situación, mantiene un cliente más. Nos referimos a casos en los que se contrata la actividad relacionada con la especialidad de seguridad, excluyéndose los equipos de trabajo, o la de higiene industrial, excluyéndose mediciones de agentes físicos o químicos presentes en el centro de trabajo.

Algunos ejemplos, con intervención de la ITSS, pueden ilustrar la situación descrita. Se levantaron actas de infracción a varios SPA porque la evaluación de riesgos realizada por los mismos no contemplaba los equipos de trabajo. Estos alegan que la evaluación de riesgos de los equipos de trabajo no formaba parte de la prestación de sus servicios y que no hay precepto imperativo que obligue a concertar áreas de especialización (seguridad, higiene, ergonomía...) «*completas*» o precepto prohibitivo alguno que impida la exclusión de determinados aspectos del bloque concertado. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra viene manteniendo que a los SPA «*no les está permitido excluir del contenido de cada particular actividad o función preventiva determinados aspectos u objetos esenciales de las citadas actividades asumidas, ínsitas de una especialidad concreta*»⁹².

⁹² SS TSJ de Navarra (C-A) nº 1338/2003 de 11 de diciembre Ar. JUR 2004\109649, nº 822/2004 de 30 de julio Ar. JUR 2004\305805. En el mismo sentido, pero para rechazar evaluaciones genéricas sin contemplar en concreto los equipos de trabajo (máquinas), Sentencia TSJ de Navarra (C-A) nº 301/05 de 22 de marzo. Sobre evaluaciones de riesgos genéricas o incompletas realizadas por SPA ver SS del TSJ de Cataluña (C-A) nº 229/2007 de 23 de marzo Ar. JUR\2007\290640, TSJ de Madrid (C-A) nº1898/2004 de 16 de diciembre Ar. JUR\2005\72121, TSJ de Navarra (C-A) nº 243/2005 de 2 de marzo.

Los argumentos esgrimidos tras la cita de los artículos 16 y 31 de la LPRL y 19 del RD 39/1997, son los siguientes:

- a) Los SPA pueden concertar «*todas o algunas de las especialidades preventivas*» (seguridad, higiene industrial, ergonomía y psicología, vigilancia de la salud).
- b) Dentro de cada especialidad preventiva se pueden concertar «*todas o algunas...de las actividades o funciones preventivas*» (diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención, evaluación de riesgos, planificación, información y formación de los trabajadores, primeros auxilios y planes de emergencia).
- c) «*Cada actividad-función debe ser considerada ontológicamente como un todo en aquellos aspectos que conforman su esencia (y cuya exclusión desnaturalizaría su propia evaluación)... no desglosando distintos aspectos que indisolublemente conforman en su conjunto la actividad concertada*». Esto además permite «*la coordinación cuando se concierten con distintos servicios distintas actividades*».
- d) La exclusión de aspectos esenciales «*está teleológicamente prohibida por la norma*» y la exclusión de la evaluación de las máquinas no cabe porque éstas «*constituyen esencialmente, la principal fuente de riesgo*».
- e) La finalidad de la norma es que la evaluación sea completa, «*integral, no fragmentaria en sus aspectos sustanciales, coherente y consustancial a la actividad preventiva globalizadora que pretende y acorde con sus fines*».

El segundo aspecto a considerar en un concierto preventivo es el pacto sobre los plazos para la ejecución de las actividades acordadas; en definitiva, la incidencia de la duración

del concierto en el cumplimiento de las obligaciones legales. Una práctica es mantener por parte de los SPA que mientras dure el concierto disponen de tiempo para cumplir sus obligaciones. Un ejemplo al respecto lo constituye la formación preventiva de los trabajadores, teórica y práctica, suficiente y adecuada que, según el artículo 19 de la LPRL, el empresario deberá garantizar que se recibe *«en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta»*. En un caso de acta de infracción extendida a un SPA que había suscrito el concierto preventivo el mes de febrero y en septiembre todavía no había desplegado la actividad de formación e información, se alegó que no existía infracción porque la entidad especializada estaba *«dentro de plazo para llevar a cabo la misma»*. El Tribunal rechazó el argumento porque *«dicha afirmación implica que la aplicación de la norma quedaría a la voluntad de las partes»*⁹³. Esta conclusión vuelve a basarse en que nos encontramos con obligaciones legales aunque se pacte su ejecución en un contrato. No obstante, razones prácticas y un sentido de prudencia le llevaron a declarar que *«es evidente que cierta flexibilidad en el plazo de ejecución de las distintas obligaciones asumidas por los servicios de prevención ajenos es admisible»*, siempre que se cumplan dos requisitos:

- a) Que se empiecen a realizar las actividades asumidas *«inmediatamente a la firma del concierto»*.
- b) Que el estado de ejecución de las actividades guarde *«proporción con el lapso de tiempo transcurrido desde la firma (del concierto)»*.

⁹³ Sentencia del TSJ de Madrid (C-A) nº 1363/2005 de 18 de noviembre Ar. JUR 2006\13997 *«...quienes pueden pactar plazos amplios de duración de los conciertos de prevención, incluso de varios años, con lo cual la ejecución de las obligaciones derivadas de los citados conciertos, los servicios de prevención ajenos no estarían obligados a llevarlas a cabo hasta el último día del año de su terminación. Dicha interpretación conduce al absurdo por lo que debe ser descartada»*.

Una vez planteadas las dificultades de control de los SPA por la ITSS en cuanto a la suficiencia y duración del concierto preventivo, conviene apuntar hacia la ejecución concreta de lo pactado, es decir a la versión técnica de adecuación de las actividades preventivas realizadas o, si se prefiere, a la calidad de los servicios prestados. Esta función de control implica calificar como deficiente la actividad realizada por un sujeto especializado y acreditado administrativamente, con capacidad para desarrollar la actividad y contratado específicamente para ese caso. La cuestión no admite discusión si se omite el cumplimiento de una obligación. En cambio, suscita interés cuando se discute técnicamente la posición de la ITSS. Cuando frente a la postura inspectora de considerar la existencia de un incumplimiento, el SPA defiende que técnicamente no existe tal. Aquí volvemos a encontrar el debate sobre la mejora de las condiciones de trabajo o el mínimo exigible en la aplicación normativa, que ya se expuso. Una vez más ilustraremos los problemas prácticos de aplicación con algunos ejemplos.

El artículo 5.2 del RD 39/1997, al regular el procedimiento de evaluación de riesgos establece que la evaluación incluirá la realización de mediciones, análisis o ensayos salvo *«que la directa apreciación profesional permita llegar a una conclusión sin necesidad de recurrir a aquéllos»* y que proporcione confianza sobre su resultado. Este criterio, el de la directa apreciación profesional, se ha utilizado para justificar ante la ITSS que no se había realizado una determinada evaluación de riesgos. Se trata de decidir cuál de las dos posturas profesionales prevalece; si la de la ITSS requiriendo la evaluación, o la del técnico (por ejemplo de un SPA), que mantiene que es innecesaria. Se levantó acta de infracción a una empresa dedicada a la actividad de manipulado y comercialización de aves por no incluir en la evaluación de riesgos el análisis de las condiciones ambientales y de iluminación del lugar de trabajo refe-

ridas en los Anexos III y IV del RD 486/1997 a partir de mediciones cuantitativas que proporcionen confianza sobre su resultado. Ante la alegación sustentada en el argumento antedicho, el Tribunal entendió que como la ITSS no había «acreditado» que las condiciones ambientales o de iluminación incumplieran la normativa y precisaran corrección podía «presumirse» como válido el criterio de la directa apreciación profesional del técnico⁹⁴. En otros casos se ha alegado por quien realizó la evaluación de riesgos la necesidad de «justificación crítica» por la ITSS de las carencias del documento⁹⁵. Incluso se ha llegado a resolver que se carece de tipicidad para sancionar incumplimientos relacionados con la metodología empleada para evaluar riesgos⁹⁶.

La naturaleza de la normativa de prevención de riesgos laborales, con conceptos jurídicos indeterminados y protagonizada por la gestión y no sólo por la regulación de condiciones materiales, provoca la necesidad de un nuevo método de actuación inspectora pues, como hemos mantenido, no se regulan en muchos casos la concreción de las obligaciones sino el resultado a conseguir a través de obligaciones instrumentales.

La garantía de la seguridad y salud a través de instrumentos de gestión, como la evaluación de riesgos, implica que el control de la aplicación normativa pase por una calificación de suficiencia de la actividad desplega-

da. Calificación, más próxima a un sistema de auditoría, que no es acorde con la tradicional metodología inspectora porque el cumplimiento de la normativa discurre entre varios niveles y, a veces, sólo se demuestra insuficiente con la generación de un daño. Es lo que la jurisprudencia civil mantiene sobre el daño desproporcionado correspondiente a la regla *res ipsa loquitur*, (las cosas hablan por sí mismas), que se refiere a «una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada por la doctrina angloamericana y a la regla sobre la apariencia de prueba de la doctrina alemana y asimismo a la doctrina francesa de la culpa virtual»⁹⁷.

Volviendo a la discrepancia Técnico/Inspector y el criterio de la directa apreciación profesional del primero, parece que la postura más correcta es que cuando se alegue tal criterio para no evaluar o para no realizar mediciones, análisis ni ensayos, sólo debe admitirse si la directa apreciación profesional consta «en informe técnico acreditado que explique que no es preciso medir, analizar o ensayar... Para que tal (metodología) o modo de proceder sea creíble es preciso que quede un rastro que permita hacer un pronunciamiento sobre su fiabilidad, y tal rastro no es otro que el informe en el que el técnico razone sin necesidad de mediciones, análisis y ensayos⁹⁸». Salvo que se entienda que dicha alegación es un «pretexto» para no realizar o por no haber realizado debidamente las actividades preventivas concertadas⁹⁹.

⁹⁴ Sentencia del TSJ de Madrid (C-A) nº 1363/2005 de 18 de noviembre Ar. JUR 2006\13997.

⁹⁵ Sentencia del TSJ de Navarra (C-A) nº 1154/2003 de 6 de noviembre Ar. JUR 2004\108601.

⁹⁶ La Sentencia del TSJ de Madrid (C-A) nº 1263/2004 de 25 de septiembre Ar. JUR 2004\300371 entendió que la evaluación de riesgos psicosociales era una evaluación específica que no puede incardinarse en un precepto genérico, como es el artículo 16 de la LPRL, y menos a través de un acta que relata, más que hechos, «discrepancias» respecto del documento de evaluación de riesgos elaborado por el SPA, considerando que más que en datos objetivos se basa en apreciaciones y juicios de valor.

⁹⁷ STS (Civil) de 2 de abril de 2004 Ar. R\2004\2607.

⁹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia de 18 de enero de 2008 Ar. JUR 2008\106787, a propósito de un acta de infracción levantada a una empresa de transportes por considerar que la evaluación era incompleta y parcial, pues faltaba el estudio ergonómico de los puestos de trabajo de conductor y mecánico y el estudio de la exposición al ácido clorhídrico.

⁹⁹ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia de 8 de noviembre de 2007 Ar. JUR 2008\102458. Confirma resolución de acta de

La diversidad de criterios y su engarce con un incumplimiento normativo, y la infracción administrativa consecuente, no puede confundirse con la presunción de certeza que pesa sobre los hechos comprobados por la ITSS¹⁰⁰; pues una cosa son los hechos y otra la operación de subsunción de los mismos en la norma infringida para ser constitutivos de una infracción tipificada y no de una mera apariencia de antijuridicidad. Haciendo un paralelismo con la evaluación de riesgos, los hechos sobre los que pesa la presunción de certeza pueden consistir en la metodología empleada, los riesgos contemplados u omitidos, pero la labor jurídica de aplicación será la de determinar si tales hechos comprobados implican «no llevar a cabo las evaluaciones de riesgos... con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales» (artículo 12.1.b de la LISOS). La operación jurídica que relacione los hechos con el alcance y contenido de la normativa no puede catalogarse de opinión, juicio de valor o calificación personal para desvirtuar unos hechos sobre los que cabe prueba en contrario. Esto sin perjuicio de que dicha operación jurídica esté sometida a revisión en el sentido de declarar la corrección o deficiencia del enlace realizado entre los hechos comprobados y los preceptos vulnerados.

infracción en empresa que dispone de numerosos equipos de trabajo, con al menos quince cargadores de baterías de las carretillas y traspaletas, así como cámaras frigoríficas a las que acceden los trabajadores, sin que se evalúen los riesgos ocasionados por equipos de trabajo, cargadores de baterías y exposición a bajas temperaturas, por entender que la apreciación profesional del técnico para evaluar es un pretexto salvo informe razonado al respecto.

¹⁰⁰ Artículo 53.2 de la LISOS. Dicha presunción de certeza tiene su fundamento en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al Inspector actuante. SS TS (C-A) 24 de septiembre de 1996 Ar. RJ 1996\6890, 22 de octubre de 1996 Ar. RJ 1996\7961, 29 de noviembre de 1996 Ar. RJ 1996\8705, 6 de mayo de 1997 Ar. RJ 1997\4393], 7 de octubre de 1997 Ar. RJ 1997\7209 y Ar. RJ 1997\7042, 2 de diciembre de 1997 Ar. RJ 1997\8860, 6 de octubre de 1998 Ar. RJ 1998\7692, entre otras.

Hasta aquí se ha hecho referencia al control de la ITSS de los SPA con repercusión en los empresarios concertados (infracción tipificada en el artículo 12.22 de la LISOS). Pero, como se dijo al principio del epígrafe, existen infracciones «propias», las referidas por ejemplo a la acreditación y a las incompatibilidades.

En cuanto a la acreditación administrativa necesaria para desempeñar la actividad preventiva, las actuaciones de control no presentan una dificultad reseñable aquí sino más bien la común a cualquier infracción consistente en la comprobación de los hechos. Me refiero a conductas como realizar actividades propias de un SPA sin contar con acreditación¹⁰¹, excederse del ámbito concedido por la autorización administrativa¹⁰² o no mantener las condiciones para las que se concedió la acreditación.

El problema en materia de acreditación no reside tanto en la capacidad teórica del SPA para realizar actividades preventivas, la cual es reconocida mediante resolución de la autoridad laboral¹⁰³, como en la puesta en práctica de dicha capacidad al servicio del empresario concertado. Una cosa es que el SPA tenga competencia acreditada y otra es que la ponga en juego en sus actuaciones.

Por ello, la dificultad para la función de control de la ITSS sobre la acreditación de los SPA no reside tanto en los incumplimientos propios como en aquellos que, por falta de aplicación de recursos humanos y materiales existentes, afecten a la ejecución de las obligaciones de quien ha concertado sus servicios. De ahí que la insuficiencia de recursos

¹⁰¹ Sentencia del TSJ de Murcia (C-A) nº 957/2007 de 21 de diciembre Ar. JUR\2008\156942.

¹⁰² Sentencia del TSJ de Madrid (C-A) nº 19/2007 de 18 de enero Ar. JUR\2007\350836.

¹⁰³ RD 39/1997 ya citado, capítulo IV y Orden de 27 de junio de 1997 por la que se desarrolla el RD 39/1997, en relación con las condiciones de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas (B.O.E. del 4 de julio) capítulo I.

humanos y materiales utilizados por el SPA en una empresa concertada provocará un incumplimiento respecto del empresario concertado, tipificado como infracción en el ya citado artículo 12.22 de la LISOS¹⁰⁴.

En cuanto a las incompatibilidades, segunda de las obligaciones «propias» mencionadas, la incidencia de control en la aplicación normativa radica en la disimilitud entre el precepto sustantivo y el tipificador¹⁰⁵.

Tanto uno como otro recogen la prohibición de que los SPA mantengan con las empresas concertadas «*vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo distintas de las propias de su actuación*», pero hay una diferencia fundamental, mientras el RD 39/97 añade como requisito que esas vinculaciones « *puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades*» la LISOS omite esta condición.

Desde la literalidad del tipo infractor basta para que se incurra en infracción que existan vinculaciones al margen de la actuación preventiva. Así, por ejemplo, un SPA no podrá realizar actividades preventivas para empresas que, a su vez, tengan alguna relación mercantil con la entidad, como por ejemplo en calidad de proveedores: empresas de limpieza o mantenimiento. Otra perspectiva es finalista y requiere una labor previa: conocer si se ha infringido la norma sustantiva que integra el tipo. Se puede llegar a la conclusión de que no se ha infringido la norma si la vinculación no puede afectar a la independencia del SPA ni influir en el resultado de

sus actividades, en cuyo caso la vinculación es posible.

Como no se exige un resultado consistente en que realmente la vinculación afecte a la independencia o influya en la actividad del SPA y, además, se utiliza la fórmula omni-comprendiva de «vinculaciones de cualquier otro tipo», se puede llegar a la conclusión de que ambos preceptos, bajo una interpretación sistemática, participan del mismo fundamento: que cualquier vinculación, por el mero hecho de su existencia, «puede» afectar a la independencia del SPA y a los resultados de su actividad¹⁰⁶.

Resulta excesivo pedir a un organismo de inspección, cuyas actuaciones dan origen a procedimiento sancionadores, que determine si una vinculación, casi en abstracto, «*puede influir*» o «*puede afectar a la independencia*», cuando lo más lógico es basarse en comprobaciones sobre irregularidades o vinculaciones, sin añadir sumatoriamente una realidad, la vinculación, a una posible consecuencia de esa realidad, influencia, para constatar un incumplimiento¹⁰⁷.

Otra dificultad estriba en concretar qué ha de entenderse no sólo por vinculación comercial o financiera sino por vinculación «*de cualquier otro tipo*»¹⁰⁸. Algunos interrogantes, que

¹⁰⁴ «El protocolo de actuación inspectora en servicios de prevención ajenos» elaborado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se puede consultar en <<http://www.mtin.es/its/web/>>, considera en su punto 3.4 como posibles preceptos infringidos los artículos 31.3 y 31.4 de la LPRL y 9.1, 9.3, 18.1 y 29 del RD 39/1997.

¹⁰⁵ El precepto sustantivo es el artículo 17.c) del RD 39/1997 y el precepto tipificador es artículo 13.12 de la LISOS.

¹⁰⁶ En este sentido, la Orden de 27 de junio de 1997 ya citada exige, para la acreditación de una entidad especializada, la presentación de un «*compromiso de no concertar su actividad con empresas con las que tuvieran vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo*».

¹⁰⁷ Por eso la Guía de actuación inspectora citada, en su punto 4.1 entiende que la redacción del tipo infractor por la Ley 50/1998, con posterioridad a la norma sustantiva, «*avanza más en la norma prohibitiva y sanciona cualquier tipo de vinculaciones entre la empresa y el SPA*».

¹⁰⁸ PÉREZ CAPITÁN, L. en «El RD 604/2006, de 19 de mayo, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Prevención. Una exposición crítica». Revista Técnica de Seguridad y Salud Laborales Prevención, nº 177/2006 p. 76 y 82, aunque refiriéndose al caso de las entidades auditorias, mantiene que la reforma de 2006

se irán despejando con la interpretación y aplicación de la norma por jueces y tribunales, son los relativos a las vinculaciones que puedan mantener los socios¹⁰⁹ de personas jurídicas, SPA y empresa, con una relación contractual. Por ejemplo los casos de un asesor fiscal o laboral que es socio minoritario de un SPA que concierne con la empresa asesorada fiscalmente, de la prestación de servicios de un técnico de prevención simultánea o sucesivamente para SPA y empresa, estando el concierto en vigor, de los grupo de empresas, una de las cuales es un SPA y presta servicios para un cliente de otras empresas del grupo, de la oferta conjunta de paquetes de «calidad, medio ambiente y prevención de riesgos laborales» aunque se contrate cada actividad por separado con entidades distintas.

Finalmente conviene una mención a otra figura por su cercanía con los SPA. La organización preventiva prevista legalmente¹¹⁰ incluyó las modalidades de asunción propia del empresario en la microempresa, la designación de trabajadores o el recurso a un servicio de prevención propio o ajeno. Pero reglamentariamente se introdujo otra modalidad que, bajo la categoría de servicio de prevención propio, cuenta también con características de los SPA, participando parcialmente de su naturaleza. Se trata del servicio de prevención mancomunado¹¹¹.

operada en el RD 39/1997 citado, «descuida una oportunidad para acabar con una verdadera laguna jurídica al no determinar con precisión cuáles son esas «vinculaciones» que pueden afectar a la independencia de la auditoría (en nuestro caso SPA) o influir en el resultado de sus actividades», existiendo referentes por ejemplo en la normativa sobre auditoría contable (artículo 8 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas desarrollada reglamentariamente por artículos 36 y ss. del Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre).

¹⁰⁹ Aunque se trate de vinculaciones entre SPA y entidad auditora, a través de un socio y empresas interpuestas, conviene consultar la Sentencia del TSJ de Cataluña nº 249/2001 de 10 de marzo Ar. RJCA\2001\1033.

¹¹⁰ Artículos 30 y 31 de la LPRL.

¹¹¹ Artículo 21 del RD 39/1997 ya citado.

La cercanía de estos servicios de prevención mancomunados con un SPA es más visible cuando se dan las siguientes circunstancias:

- Elevado número de empresas participantes.
- Sector productivo relevante por el número de empresas que lo componen.
- Área geográfica determinada por amplios límites.
- Personalidad jurídica diferenciada de las empresas que lo constituyen.

Sin embargo, al ser calificados normativamente como servicios de prevención propios, no son sujetos de responsabilidad administrativa ni han de ser acreditados por la Administración laboral. De tal manera que su régimen de funcionamiento sólo puede ser examinado empresa por empresa.

Nuestra normativa prevé un control de cualquier organización preventiva: si esta es ajena mediante un procedimiento administrativo de acreditación, y si es propia mediante un auditoría externa¹¹².

En el caso de los servicios de prevención mancomunados se ha reivindicado que estos se sometan a auditoría, pretendiendo que sirviera tal auditoría como realizada para todas las empresas asociadas, e incluso que en caso de falta de auditoría del citado servicio se imponga una sola sanción con carácter solidario para todas las empresas que lo constituyen.

La dificultad para la ITSS en controlar la aplicación de la normativa en esta materia radica en hacer ver a la empresa que un servicio de prevención mancomunado no es un SPA y que la auditoría es obligatoria con

¹¹² Artículos 31.5 de la LPRL y 29.2 del RD 39/1997 ya citado, modificado por Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo (B.O.E. del 29 de mayo).

carácter individual y personal para cada empresa. En otro caso se estaría fomentando una figura paralela a los SPA sin estar sometida a los mismos requerimientos.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto resolviendo, en tres sentencias relativas a diferentes empresas del mismo grupo empresarial, la corrección de la imposición de sanciones independientes por afectar la obligación de someterse a una auditoría externa a cada empresa y no al servicio de prevención mancomunado. *«De la normativa expuesta se deduce que la infracción¹¹³ se tipifica como infracción de la empresa y le compete a cada una de las empresas que no ha sometido su sistema de prevención propio al control de una auditoría externa... con independencia de que el servicio de prevención constituido sea mancomunado, por pertenecer todas las empresas a un mismo grupo empresarial y desarrollar sus actividades en un área geográfica limitada y sin que sea posible la imposición de una única sanción con responsabilidad solidaria de todas las empresas integrantes del Servicio de Prevención Mancomunado del Grupo empresarial... al no existir base jurídica para tal petición»¹¹⁴.*

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: EL EJEMPLO DE LA SUBCONTRATACIÓN

Tal y como se mantuvo al comienzo, la pertenencia de la prevención de riesgos laborales

al Derecho de Trabajo, desde la perspectiva de un sistema de ITSS, resulta patente. No se puede entender ni poner en marcha el nuevo enfoque de la prevención de riesgos laborales sin las instituciones propias del marco de relaciones laborales.

La información y formación de los trabajadores mantiene una conexión íntima con el sistema de clasificación profesional, la especial protección de los trabajadores temporales exige un conocimiento de la normativa de empleo y contratación, no se pueden facilitar la participación y consulta sin conocer el sistema y la dinámica de la representación de los trabajadores, un sistema de retribución por rendimiento o la distribución de la jornada de trabajo tienen consecuencias sobre la salud. Estos y otros muchos son ejemplos de que el conocimiento de la normativa y praxis de las relaciones laborales es imprescindible para efectuar una labor de control de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. De tal manera que la regularidad en el desarrollo de las relaciones laborales en la empresa favorece el cumplimiento de la normativa preventiva.

Un reciente ejemplo del recurso a las instituciones laborales para lograr una mejora de la prevención de riesgos laborales lo encontramos en la Ley 32/2006 reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (LSC). El planteamiento es novedoso, pues siendo una ley destinada a lograr una reducción de la siniestralidad y a evitar *«situaciones objetivas de riesgo»*, no se dedica, fundamentalmente, a establecer nuevas medidas preventivas sino a perseguir que las empresas del sector sean reales y solventes, de tal manera que con empresas así es más probable que se cumpla la normativa de prevención. El acercamiento a la prevención se hace de forma mediata, afectando al derecho de libertad de empresa del artículo 38 de la CE.

La búsqueda se dirige hacia empresas que tengan capacidad para cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales, porque

¹¹³ Artículo 12.20 de la LISOS.

¹¹⁴ SS TSJ de Madrid (C-A), de 19 de abril de 2004, Ar. JUR\2004\221796, de 20 de abril de 2004, Ar. JUR\2004\221774, de 14 de junio de 2004, Ar. JUR\2004\315832. En el mismo sentido de obligación de auditoría externa para la empresa participante en servicio de prevención mancomunado SS TSJ de Murcia (C-A) de 4 de mayo de 2005, Ar. JUR\2005\159867, de 31 de julio de 2006, Ar. JUR\2007\185109.

tienen infraestructura y medios. En definitiva, se pretende la solvencia empresarial. Y desde una perspectiva laboral dicha solvencia la ha abordado la jurisprudencia relativa a la cesión ilegal de los trabajadores, regulada por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores¹¹⁵, en relación con el artículo 42 del mismo texto legal para el fenómeno interpositorio de la subcontratación.

Como veremos, la función de control de la ITSS para la aplicación de esta normativa, requiere un fuerte componente de aplicación de normativa laboral.

Un somero acercamiento a ambos textos legales (artículo 4.1 de la Ley 32/2006, 43 del ET) mediante su comparación entre sí y con la Sentencia del TS de 17 de enero de 1991¹¹⁶ permite concluir que existen similitudes gramaticales que rozan la identidad literal:

- a) Organización productiva propia (LSC), organización propia y estable (ET), actividad empresarial propia y organización estable (TS).
- b) Contar con los medios materiales y personales necesarios (LSC), que no cuente con los medios necesarios (ET), que cuente con patrimonio, instrumentos y maquinaria (TS).
- c) Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades (LSC), con asunción de... obligaciones, riesgos y responsabilidades (TS).
- d) Ejercer directamente las facultades de organización y dirección (LSC), no ejerza las funciones inherentes (ET), aportando su propia dirección y gestión (TS).

¹¹⁵ Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (B.O.E. del 29), en adelante ET, modificado en esta materia por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

¹¹⁶ Sentencia del TS (Social) de 17 de enero de 1991, Ar. RJ\1991\58.

Lo que la LSC pretende, en suma, es evitar la «*degradación de las condiciones de trabajo*», según la expresión empleada por el TS para explicar la finalidad del artículo 43 del ET, relativo a la cesión ilegal¹¹⁷.

El control de la aplicación de la LSC se nutre de doctrina iuslaboralista tradicional como medio para lograr que las empresas de construcción, en el ámbito de un fenómeno de subcontratación, sean sujetos con capacidad de poner en marcha un adecuado sistema de gestión preventiva. Realidad y solvencia empresarial, desde el prisma de las relaciones laborales, es un presupuesto para cumplir con las obligaciones preventivas.

Pero tal presupuesto no es el único, pues la LSC exige no sólo poseer organización y medios sino «*utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada*» (artículo 4.1.a), lo que el TS denomina «*poner en juego*» la organización productiva empresarial¹¹⁸. Este requisito implica que la ITSS ha de comprobar si la empresa se comporta en el centro de trabajo como empresa real, con independencia de que pueda tener esa calificación inicial. Tal calificación engarza con las técnicas propias de la normativa de prevención de riesgos laborales, pues la LSC ha ideado la acreditación de las empresas mediante la inscripción en un registro¹¹⁹.

Inicialmente podría pensarse que la acreditación correría a cargo de un tercero. Bien la Administración pública, como ocurre con los SPA, bien a través de un organismo de certificación, como es propio de la seguridad industrial, bien mediante una auditoría socio-laboral del estilo de la auditoría obligatoria de prevención. Sin embargo, la LSC optó por una

¹¹⁷ Sentencia del TS (Social) de 20 de julio de 2007, Ar. RJ\2007\6961.

¹¹⁸ Sentencia del TS (Social) de 4 de marzo de 2008, Ar. RJ\2008\1902.

¹¹⁹ Artículo 6 de la LSC, desarrollado reglamentariamente por RD 1109/2007, de 24 de agosto (B.O.E. del 25).

declaración suscrita por el representante legal de la empresa ante un Registro específico (artículo 4.3), que por vía reglamentaria incrementa sus competencias mediante la incorporación de documentación justificativa de lo declarado, pero que se trata de un Registro que no emite valoración alguna sobre el fondo del asunto.

De tal manera que, en atención a la naturaleza y funciones del Registro de Empresas Acreditadas, se crea una apariencia legal de solvencia empresarial económica y preventiva que la ITSS habrá de verificar mediante la comprobación de su puesta en juego en el centro de trabajo de forma suficiente y proporcionada.

RESUMEN En el artículo se parte de la peculiaridad de la normativa de prevención de riesgos laborales, dentro del amplio Derecho del Trabajo, y de cómo afecta a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para coadyuvar a su aplicación. La normativa de prevención requiere de la Inspección de Trabajo no sólo la tradicional función de control sino, más que en otros campos del ámbito social, las funciones de promoción, información y asesoramiento. Estas medidas alternativas a la sanción se recogen en las distintas estrategias, europeas y nacional, de seguridad y salud en el trabajo.

Otro aspecto que condiciona la labor de la Inspección de Trabajo es la diversa naturaleza de la normativa preventiva que recorre un abanico desde el criterio técnico de rango más ínfimo hasta la opción empresarial por un sistema de gestión preventiva sobre la base de la garantía en el resultado y la concreción instrumental de los conceptos jurídicos indeterminados.

La tercera característica que personaliza el control de la aplicación normativa es la aparición de sujetos distintos a los del binomio tradicional empresario-trabajador. Son las entidades especializadas (servicios de prevención ajenos), cuyo papel de colaboración en la aplicación de la normativa de prevención hace más complejo el entramado de responsabilidades y la delimitación de funciones.

Finalmente se concluye sobre la implicación y consecuencias de las instituciones clásicas del Derecho del Trabajo en la prevención de riesgos laborales: contratación, jornada, remuneración, clasificación profesional, etc., deteniéndose en el ejemplo de la relación entre la cesión ilegal y la regulación de la subcontratación en el sector de la construcción.

ABSTRACT This paper deals with the distinctiveness of the occupational risk prevention regulation within Labour Law and how it affects the operation of Labour and Social Security Inspectors when supporting its implementation. The prevention regulation demands from labour inspectors not only the traditional control role but also, and even more than in other fields within the social realm, the role of promotion, information and guidance. These alternative measures to sanctioning are included in the different European and national health and safety at work strategies.

Another aspect that determines the work of labour inspectors is the diverse nature of the prevention regulation, ranging from the technical criterion of the lowest rank to the business option for a system of preventive management based on the warranty of the results and the instrumental specification of the undetermined legal concepts.

The third characteristic that personalizes the regulation compliance control is the presence of subjects other than those traditionally composing the binomial employer-employee. We are referring to the specialised agencies (external prevention services), whose collaborative role in implementing the prevention regulation complicates the network of responsibilities and the distribution of functions.

Finally, the paper refers to the implication and effects of the classical institutions of Labour Law on the occupational risk prevention: hiring, working time, compensation, job classification, and so on. Special mention is made to the relation between illegal termination and the regulation of subcontracting within the building sector.

La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ*

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS**

«El derecho existe para realizarse. La realización es la vida y la verdad del derecho, es el derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en la realidad, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel es sólo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más.

Por el contrario, lo que se realiza como derecho, es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni el pueblo y la ciencia hayan aún conocimiento de ello».

IHERING, R. VON: *El espíritu del Derecho Romano*, Comares, Granada, 1998, p. 533.

1. LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO (PROBLEMÁTICA GENERAL)

1.1. La tarea operativa del jurista (teoría, ideología y *praxis* jurídica)

La aplicación del derecho es una operación compleja que engloba la selección –identificación– e interpretación de la norma aplicable. Las normas jurídicas existen siempre con la pretensión de conformar y ajustar la realidad social. Puede afirmarse que «las normas no emanan para un mundo ideal, sino, en concreto, para ser aplicadas» (Villar Palasí, 1975; De Castro, 1984). Para cumplir su razón de ser el Dere-

cho debe realizarse, esto es, hacerse real, incorporándose a la vida social, aspiran –problemas de ineffectividad o ineficacia aparte– a trascender a hechos reales y a dirigir conductas. Parece claro en el Derecho su inmanente potencialidad conformadora de la realidad social, aun tratándose a su vez el Derecho de un producto de lo social.

La tarea operativa en el derecho requiere de una fusión entre la teoría y la práctica, la teoría se encamina hacia el saber, al conocimiento del sistema jurídico, pero la puesta en práctica de la teoría para modificar la realidad constituye la acción práctica. Se trata de las dos vertientes de cualquier acción, dos vertientes que se alimentan recíprocamente por el intercambio pensamiento-realidad. La fusión de la teoría y la práctica en una acción integral se denomina *técnica* (Carnelutti, 1943; 2003), todas las actividades jurídicas requieren una técnica, pero –cuando estamos

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

en el Derecho— se trata de una técnica que no deriva ni se aplica a una ciencia exacta, sino social (de solución de problemas de «convivencia social»), y sin que ello obste a la irrenunciable necesidad de que sea lo más sistemática, coherente y justa posible.

La aplicación del Derecho y su teorización es uno de los ámbitos donde más visible resulta la imbricación de la teoría y la ideología subyacentes a las construcciones jurídicas. Los operadores jurídicos realizan una función directamente política, tratando de racionalizar jurídicamente el sistema político. Así pues, la doctrina jurídica participa en el proceso de creación jurídica, asume conscientemente elecciones de política del Derecho de creación extralegislativa (Tarello, 2002). Mientras no exista una jurisprudencia o legislación respecto a un problema, la práctica jurídica se orienta casi siempre por conceptos que sustentan «reconocidos» juristas, esto es en las opiniones doctrinales jurídicas (*v. gr.* la importancia que en nuestro ordenamiento jurídico ha tenido la construcción científica sobre la negociación colectiva extraestatutaria; y en el plano de la doctrina constitucional, los pronunciamientos —ya no solo actuando el TC como «legislador negativo», sino en una función «cuasi-normativa»— en materia de huelga). Lo que presupone una «dogmática jurídica» es algo que también podría ser llamado una «ideología jurídica», es decir, una «teoría con función social en el campo del derecho» (Viehweg, 1997).

Todo ello explica que muchas veces los juristas hacemos pasar por ciencia jurídica («teoría») lo que en realidad es política del derecho («ideología»). Esto no debe escandalizarnos, ciertas corrientes teóricas del Derecho han puesto muy de relieve el carácter político e ideológico de la actividad del jurista: normativismo (perspectiva estructural o interna) y politicidad del Derecho (ya en sí el Derecho es un medio para alcanzar un fin —perspectiva funcional o externa—) no son necesariamente contrapuestos, sino que se complementan en una clarificadora sinergia

analítica —comprensiva y explicativa de la dinámica formal y real del Derecho (Monereo Pérez, 2003)— más allá de análisis de «presunta» exclusividad técnico-jurídica. Y ello es así porque se puede atender tanto a la normatividad del Derecho como también poner de manifiesto la «labor política» de los operadores jurídicos. Puede compartirse la idea de que la actividad de los juzgadores es creadora de Derecho, no solamente en tanto que delimita y concreta el margen discrecional de una norma supraordenada, relativamente abstracta, sino también de manera independiente (Ross, 2000). Como con claridad señala Wiethölter (1991): «La jurisprudencia actúa políticamente cuando decide sobre cuestiones que no están reguladas en las leyes, desarrollando y aplicando en la práctica una teoría política sin después deber responder en el plano político...». En consecuencia, un ejercicio de «sana crítica jurídica» consiste en desenmascarar o develar las teorías ideológicas, políticas y sociales que están presentes tanto en la base de las construcciones jurídicas (la «dogmática jurídica») como de las decisiones concretas (especialmente en los casos en que su fundamentación se ampara en bases jurídicas muy controvertidas o en el empleo de principios o cláusulas generales establecidas por el legislador por razones de necesidad o por razones de compromiso).

El Derecho funciona como instrumento de legitimación y conformación de estructuras sociales y económicas, naturalizándolas a la percepción de la ciudadanía, y esto vale también para el mundo del trabajo. Conviene traer a colación la construcción —ya clásica en sociología— de Foucault (1998) donde expone la función de las *instituciones de secuestro* a través de los juegos de poder múltiple y saber: «Que el tiempo de la vida se convierta en tiempo de trabajo, que a su vez se transforme en fuerza de trabajo y que la fuerza de trabajo pase a ser fuerza productiva; todo esto es posible por el juego de una serie de instituciones que ... se definen como instituciones de

secuestro»; «...el trabajo no es en absoluto la esencia concreta del hombre o la existencia del hombre en su forma concreta. Para que los hombres sean efectivamente colocados en el trabajo y ligados a él es necesaria una operación o una serie de operaciones complejas por las que los hombres se encuentran realmente, no de una manera analítica sino sintética, vinculados al aparato de producción para el que trabajan. Para que la esencia del hombre pueda representarse como trabajo se necesita la operación o la síntesis operada por un poder político».

Las ideologías no son extrañas a la evolución del Derecho en general, actúan como base de su propia concepción, estructura y contenido concreto (la ideología subyace a las construcciones jurídicas) y del Derecho del Trabajo en particular. El ordenamiento jurídico-laboral ha cumplido en todos sus modelos históricos [liberal / corporativo / social («clásico») / flexible (post-industrial)] una función político-jurídica integradora y conservadora, pero ha tenido que ir acomodando su fisonomía y su estructura institucional a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo y a los equilibrios de las relaciones socio-políticas resultantes en cada momento. Se trata del componente jurídico-institucional de un «sistema dinámicamente organizado» (Morín, 1999). Pero el propio Derecho muchas veces encubre su ideología (o intento político subyacente). Como entre nosotros sostiene Javillier (1982), la historia muestra «hasta qué punto pueden dudar los sindicatos obreros ante una legislación ‘protectora’ de los trabajadores. El reconocimiento normativo puede a veces enmascarar un control ideológico. Irreductible ambigüedad del Derecho del Trabajo». Queda claro que el Derecho es un instrumento de la política en tanto instrumento de control social, de manera que «su contenido normativo y su empleo responden a la orientación clasista del mismo, procurando la perpetuación de las situaciones hegemónicas en el seno de la sociedad, y operando, llegado el caso, los necesarios

reajustes que traduzcan los avances (o retrocesos) de los grupos sociales en posición subordinada». Y por otra parte, el derecho es también ideología, «en cuanto que la forma jurídica de regulación general y abstracta de relaciones sociales suele incorporar una serie de ingredientes que difuminan la significación real de su contenido normativo» (Martín Valverde, 1978).

Esta influencia de la ideología es también muy patente en la aplicación del Derecho del Trabajo. La ideología se filtra –de manera consciente o inconsciente– en la práctica jurídica. Por ejemplo, para una mentalidad social conservadora: los conflictos laborales constituyen una patología (un peligro para el bien común o individual) de un sistema presuntamente armónico; las exigencias de democratización industrial –y las cargas impuestas por el ordenamiento sindical a la empresa– un atentado a los principios de propiedad privada y libertad de empresa. Para los operadores jurídicos de ideología más progresista: el conflicto laboral tiende a contemplarse como un elemento consustancial al sistema de producción –su conflicto social inmanente– y como un elemento de progreso; de la misma forma que serán más proclives a la democratización de la toma de decisiones en la empresa y a la defensa de la legislación promocional de los instrumentos de representación y tutela colectiva. En la valoración de los intereses subyacentes a las regulaciones jurídicas y su ponderación se filtra necesariamente una «valoración política» –o axiológica si se quiere– de los mismos, al decidir cuáles son los intereses más dignos de tutela y protección (en este sentido, Cabrera Bazán, 1978).

El contenido del Derecho significa siempre una opción política, una elección entre intereses contrapuestos, que refleja la correlación de fuerzas en presencia en una concreta estructura social. Y ello también se manifiesta en el momento aplicativo. Como pone de manifiesto Martín Valverde (1978), el «papel de la ideología en el derecho no se limita a la legitimación del orden social por la forma

jurídica bajo la que éste se presenta, sino que aparece también en la determinación del contenido normativo del mismo por los amplios intersticios que ofrece la reelaboración de los preceptos legales en el momento de su interpretación... la ley es un producto semielaborado, y son los intérpretes los encargados de su terminación... en esta labor de 'acabado' el operador del derecho suele incorporar sus propios planteamientos políticos al contenido normativo de los preceptos, normalmente con el auxilio de construcciones ideológicas convenientes para dicha tarea».

Los materiales normativos predisuestos por el legislador —u otras fuentes materiales del Derecho— no suelen ser directamente aplicables sino a través de una tarea selectiva e interpretativa (la interpretación se imbrica en el proceso aplicativo). Las decisiones aplicativas están condicionadas por las propuestas interpretativas avanzadas por los juristas, e incluso se encuentran mediatizadas por las construcciones dogmáticas dentro de las que cualquier interpretación necesariamente se circunscribe. Ello implica una revalorización de la «*creatividad de la dogmática*», pero también de «*responsabilización política*», en la medida que los juristas hacen política del derecho (intencionadamente o no) y elaborar una política del derecho responsable implica elaborar tesis doctrinales no ya sobre la base de preconstituidos condicionantes sistemáticos, sino calculando la «*utilidad de las consecuencias previsibles*» de las tesis mismas (esto es, su dimensión «funcional»), lo que requiere del conocimiento real de los fenómenos a que se refieren las construcciones normativas y, por consiguiente, valorar de forma realista las consecuencias de las posibles opciones interpretativas (Tarello, 1965).

El inculcado respeto a la norma —el «ciego normativismo»— puede conducir a sacar consecuencias de ella sin tener en cuenta los efectos nocivos que pudieran producirse desde el punto de vista social, económico, psicológico. El Derecho no puede aplicarse sin tener en cuenta la vida que ha de ordenar. En la

aplicación del Derecho «*se desarrolla y manifiesta*, mediante el encuentro con los hechos de la vida, *el sentido y alcance de la norma...* la realidad descubierta mediante la norma alcanza eventualmente un influjo especial sobre la aplicación del derecho, ya que incita a constatar lagunas, a superarlas, e incluso —en la medida en que es viable— a corregir el derecho legislado» (Engisch, 2004; Castán Tobeñas, 1947, también contempla esta «función correctora» de la norma en el momento aplicativo). Suponiendo, tal y como opina Larenz (1994), que el «sentido» de una disposición legal no es de tipo fáctico, sino normativo, siempre permanece el interrogante sobre las *consecuencias empíricas* de las normas jurídicas que se aplican, esto es, sus *efectos sociales e individuales* de la aplicación de las normas. Sobre este aspecto particular se suelen preocupar muy poco la ciencia jurídica y los operadores del Derecho, quienes solemos permanecer más cómodos bajo los tecnicismos, las fórmulas vacías o de los «principios generales» para eludir así en muchas ocasiones, la responsabilidad ética y política que inevitablemente implica el accionamiento del derecho. Todo ello nos lleva a un callejón sin salida, por lo menos si nos referimos al momento práctico (*praxis* jurídica), donde la capacidad adaptativa al caso concreto depende de la flexibilidad y los márgenes de decisión que permita la norma-base o conjunto normativo empleados en el razonamiento decisorio, y no al *genético* o político-jurídico (creación formal de la norma). Cuando los juristas hablan de «resultados» de las consideraciones constructivas que sirven a sus decisiones, «en la mayoría de los casos no piensan en las consecuencias reales en el entorno social, sino solamente en las decisiones fijadas jurídicamente y en sus efectos jurídicos inmediatos» (Luhman, 1983). En esta dirección, se ha planteado si los sistemas jurídicos contemporáneos pueden desarrollar una dogmática jurídica que emplee las consecuencias de las decisiones jurídicas como criterios de decisión. La dogmática jurídica está imbuida de un importante desapego a los pro-

blemas, por lo que no está preparada para decisiones conceptuales de este tipo, sin que se encuentre «ninguna posibilidad convincente de recomendar una dogmática jurídica que emplee las consecuencias como criterios de lo lícito y lo ilícito» (Luhman, 1983).

1.2. Falacias y verdades sobre el método aplicativo del Derecho

1.2.1. *Dificultades explicativas del paradigma silogístico («continuidad» entre norma y acto aplicativo)*

Tradicionalmente, al conjunto de operaciones y actividades destinadas a ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas se le define como «aplicación del Derecho». La práctica forense y la ideología profesional del jurista se basan, esencialmente, en una *plataforma de tipo normativista*, quizá porque –pese a sus debilidades– sea la más segura en este terreno social. El empleo de argumentos puramente legalistas (el «fetichismo de las reglas»), así como el «velo» del tecnicismo, están profundamente arraigados en la mentalidad de los operadores del Derecho, y en nuestra sociedad en general, como para vislumbrar un significativo cambio de perspectiva.

Desde la tradicional postura de la norma como lo determinante, esto es, desde una visión del Derecho como un *príus* ya dado, la operación de aplicar el Derecho se simplifica al encaje del supuesto de hecho real en la norma. La aplicación del derecho así concebida se considera como una «*subsunción*» (se trata de determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de hecho, para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produzca de una manera automática). Esta operación consistiría en un sencillo silogismo donde la premisa mayor sería la norma jurídica, la premisa menor el supuesto de hecho fijado por el intérprete y la conclusión la consecuencia jurídica prevista en la norma. Para

las concepciones realistas del Derecho, la operación es diferente y la norma se descubre en su momento aplicativo, contándose el Derecho positivo entre los «materiales» que el juzgador emplea para la argumentación solución del caso concreto. En cualquier caso, y sea cual sea la opción teórica de partida, la operación aplicativa del Derecho no es tan sencilla como pudiera parecer en un principio para las corrientes del positivismo jurídico.

Su complicación deriva fundamentalmente de dos grupos de factores, que se mueven en el plano de la subjetividad propia de un quehacer de tipo «social», como de la complejidad que oculta la simpleza enunciativa del método silogístico.

En primer lugar, conviene no ocultar que en muchas ocasiones la tarea aplicativa no se trata de una operación *puramente lógica*. Ciertos teóricos afines a las tendencias del injustamente denostado «Derecho libre» han sostenido decisiones jurídicas que tienen un origen parcialmente irracional (*vid.* Isay, 1929; aunque también autores más recientes como Bendix, 1968), pues en el proceso jurídico-interpretativo solemos actuar con una «*inmediatez intuitiva*» sobre lo que consideramos justo en el caso concreto (Vida Soria). La *primera percepción como proceso interpretativo previo es de carácter intuitivo*, de acomodación a nuestros esquemas jurídicos preconstituidos y a nuestra concepción subjetiva de lo justo y lo equitativo. La tarea operativa está influida por nuestra previa experiencia vivencial, por nuestra concepción de la justicia y nuestros intereses subjetivos (como toda interrelación entre pensamiento y realidad). Los condicionamientos subjetivos previos son decisivos en el primer estadio de la tarea operativa o hermenéutica en el Derecho. Cuando el operador jurídico se enfrenta a casos complicados o confusos (en sus modos de tratamiento o en sus soluciones), normalmente en su razonamiento no comienza valiéndose de premisas lógicas. El problema no reposa en derivar una conclusión a partir de ciertas premisas dadas. El problema está en encon-

trar principios generales y hechos particulares que nos sirvan de premisas. El modelo de la subsunción parte, pues, de la base epistemológicamente ingenua de que la sentencia es un producto lógico abstraído de las influencias subjetivas, emocionales e incluso irracionales de los propios jueces (Dewey, 1993).

Esa subjetividad inmediata, previa e intuitiva debe ser controlada y desgajada por el jurista en beneficio de la objetividad y la justicia. A ello contribuye que la labor del operador jurídico se encuentra mediatizada por el propio material que utiliza, de un lado la realidad (los hechos) o el ser, y de otro, el material normativo (proposiciones de deber ser). Los *hechos son así tratados a través del crisol de las normas jurídicas*, lo que limita la subjetividad y objetiviza la tarea jurídico-operativa. Ello en razón de que el Derecho debe responder a valor de la seguridad jurídica y tender a ser lo más coherente posible, para garantizar la igualdad y evitar la arbitrariedad.

Pero también, si partimos del paradigma del silogismo jurídico, analizada como operación puramente lógica, reviste una complejidad mayor de la que la doctrina tradicional suponía, y que deriva de una serie de dificultades en relación a varias cuestiones básicas que (siguiendo a autores como Díez-Picazo, 1993; Gavazzi, 1984) pasamos a exponer.

La primera de las fases a través de las cuales –en teoría– se realiza el fenómeno de «aplicación del Derecho» es la fijación de los hechos que constituyen el caso concreto sobre el cual la operación ha de producirse. Todo caso jurídico es siempre una historia (transmisión de hechos pretéritos) que elabora el intérprete comprobando si los hechos se produjeron efectivamente o no y cómo fueron en la realidad estos hechos, y todo ello a través de los medios de prueba. Ya en esa «reconstrucción histórica» se produce un despojo al caso de todos los elementos que se consideran intrascendentes a efectos del problema jurídico que se plantea y el caso –también en su

perspectiva fáctica– queda «reducido» en función de su sustancia jurídica. Luego en principio es cierto que la aplicación del Derecho es un ajuste o encaje del caso en alguno de los supuestos hipotéticos previstos por las normas, pero también en alguna medida es cierta la proposición contraria, pues al elaborar la historia sobre la que luego se va a decidir, el operador jurídico tiende a ir moldeándola para que pueda caber –sea subsumible– en alguna de las hipótesis normativas que se presenten con vocación aplicativa al supuesto. La conclusión es que *no es posible deslindar de manera absoluta la cuestión de hecho de la de derecho*, y que al interpretar o reconstruir el supuesto de hecho se está llevando a cabo muchas veces verdaderamente una operación de valoración jurídica, lo mismo que al interpretar las normas no pueden perderse de vista los hechos a los cuales se quieren aplicar aquéllas. De ahí de la necesaria distinción entre «lo dado» y lo «construido» (Gény, 2000).

Por consiguiente, la labor primera de fijación de los hechos concretos sobre los que se opera (su constatación y descripción) presupone la utilización de unos criterios que son ya de algún modo valoraciones o que constituyen lo que se ha podido llamar deducciones volitivas. La separación entre la «*quaestio facti*» y la «*quaestio iuris*» no se puede producir casi nunca de una manera rigurosa o absoluta. El operador jurídico ya analiza el material fáctico con el crisol jurídico, lo que imbrica inexorablemente hecho y derecho en la *praxis* aplicativa. Por ello, se hace necesario establecer una distinción –no fácil– entre la simple descripción de los hechos (abstraída de mayores consideraciones jurídicas) y su calificación jurídica. Pero es innegable que al intérprete le interesa la aplicación de las reglas jurídicas a los hechos calificados, de modo que pueda sacar de ello las consecuencias previstas por el Derecho en vigor. Es por ello inevitable que el examen previo y la descripción de los hechos se oriente a través del paso más o menos inmediato y más o menos

difícil de los hechos establecidos a su calificación. El intérprete se interesa por aquellos detalles que permiten o impiden la aplicación de una regla de derecho (Perelman, 1979).

Como se ha señalado con suma agudeza (y «realismo»): «... cuando los resultados queridos por el juez se oponen a postulados jurídicos aparentemente claros, entonces el juez buscará su salvación en el campo de los hechos, inventando uno que sea compatible con cualquier norma. Por el contrario, cuando los hechos no permitan una invención del fallo, poniendo así en tela de duda el resultado realmente querido, entonces el juez con experiencia busca su salvación en las normas jurídicas, hasta que haya encontrado una interpretación de éstas que le permita alcanzar la armonía con los hechos» (Bendix, 1968).

Una vez fijados los hechos, y siguiendo el paradigma lógico del silogismo, la siguiente operación vendría constituida por la selección de la norma aplicable, esto es, la selección de la norma sobre la cual se produce la operación aplicativa dentro del conjunto del material normativo. También esta es una operación no exenta de complejidad. Si ya puede ser difícil en un sistema monista de fuentes, cuanto nos situamos en un sistema pluralista de fuentes propio de los ordenamientos contemporáneos, es frecuente que las normas aplicables a un caso puedan ser varias y que se imponga, o bien una selección entre las diferentes normas aplicables, o bien una «reconstrucción de la norma» partiendo de diversos textos. En este sentido, el Derecho del Trabajo presenta un complejo sistema de fuentes reguladoras al que se aplican los principios generales con importantes modulaciones –principios aplicativos específicos– en atención a la teleología propia de esta rama del ordenamiento jurídico. Habrá de atenderse tanto a lo que son normas propiamente *reguladoras* como a las que son *delimitativas* del campo de aplicación de aquéllas (Borrajo Dacruz, 1963), esto es, las que ordenan el sistema de fuentes laboral y sus reglas específicas de aplicación (*vid. infra*).

La selección de la norma o normas jurídicas con las cuales los hechos han de ser puestas en relación es una operación que puede encontrar algunas dificultades como la selección de la premisa mayor cuando sean varias las normas con vocación de ser aplicables al caso. En este supuesto, en la búsqueda de la proposición jurídica que ha de ser tenida en cuenta para la solución del caso resulta facilitada gracias al «*sistema*» de fuentes y sus principios o criterios de ordenación. Esta es la importancia de la idea de Ordenamiento jurídico, de concebir el Derecho como un conjunto ordenado y sistematizado de normas (que tiene en la Constitución –«fuente de fuentes»– su ordenación fundamental). La «sistematicidad» (y la «autopoiesis» del Derecho, esto es, su capacidad de crear sus propias normas de creación jurídica) permite un cierto grado de seguridad jurídica en la aplicación de las normas, pues existe un régimen «jurídico» de ordenación de las fuentes de producción (como sistema de poderes sociales normativos ordenados, típico de la construcción Kelseniana; Kelsen, 2002), como también criterios de selección de la norma que aplicaremos al caso concreto, como también en el momento propiamente interpretativo, pues el propio ordenamiento jurídico establece criterios o cánones de interpretación jurídica.

El intérprete que está habituado a trabajar dentro de un sistema conceptual, puede, casi de inmediato, detectar la zona o la parcela del ordenamiento jurídico en donde la norma aplicable radicará. Aunque debe advertirse que este método no es absolutamente lógico, sino tópico, y que el *sistema conceptual es extranormativo* (es una forma de entender y clasificar el ordenamiento, pero no tiene valor vinculante, sino solamente científico).

Por otra parte, pueden existir varias normas, o lo que hemos encontrado en el ordenamiento no son todavía normas, sino textos normativos a través de los cuales es preciso reconstruir la norma. La selección ha sido de una norma escrita, consuetudinaria o de un principio general del derecho. La labor apli-

cativa es entonces una «*labor de reconstrucción*» o de *decodificación*, pues debe encontrarse, a través de dichos textos o a través de dichas proposiciones, el esquema normativo aplicable al supuesto concreto. Así pues, la norma no es algo preexistente sino que es el operador jurídico «quien no tanto ha de buscarla como elaborarla (más precisamente, reconstruirla) con los materiales proporcionados por el propio texto o, en su caso, con materiales que se buscan en el exterior, en el resto del Ordenamiento jurídico o incluso fuera de él» (Nieto, 2000).

En siguiente término, debe procederse al contraste entre el caso, tal como ha quedado descrito en sus elementos fácticos, y el supuesto general contemplado por la norma jurídica cuya aplicación se pretende. Cuando la norma está formulada en un lenguaje claro, y especialmente cuando contiene elementos cuantitativos, determinables por un procedimiento indubitado, el paso de la descripción a la calificación se puede hacer de una manera más o menos inmediata. Sin embargo, muy frecuentemente el paso de la descripción a la calificación no se produce por sí solo, ya que las nociones bajo las cuales se trata de subsumir los hechos pueden ser más o menos vagas o imprecisas y la calificación de los hechos puede depender de la determinación de un concepto o resultar de una apreciación o de una definición previa, con frecuencia la comprensión y la aplicación de un texto legal no puede hacerse sin recurrir a una apreciación, un juicio sobre la importancia o un juicio de valor. Es lo que se ha denominado la «falacia de que la norma jurídica resuelve por sí misma los conflictos» (Nieto, 2007), que ya desmontara un autor clásico como Gény (2000), que alude claramente a la función «intermediaria» del operador jurídico para adaptar los «mandatos» (las líneas generales de un cuadro jurídico dado que pertrecha el legislador) a las «concretas necesidades» de la vida jurídica.

La cuestión nos remite a la clásica diferenciación entre conflictos de intereses y conflictos jurídicos, circunscribiéndose a estos últimos la genuina actividad aplicativa del Derecho. Si no nos quedamos en el dato formal de la presencia de una norma jurídica que –con independencia de la precisión de su contenido– tenga vocación de aplicación al caso concreto, la diferenciación presenta perfiles más abruptos. Por ejemplo, la importación de conceptos económicos al ordenamiento jurídico es muy problemática, repárese en ciertas nociones incorporadas al ordenamiento laboral como las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que son el elemento causal de numerosas vicisitudes novatorias o extintivas del contrato de trabajo (conceptos empleados en una lógica del Derecho flexible del trabajo, que dejan abierto el conflicto de intereses subyacente, pero dentro de una orientación pro-empresarial). Del mismo modo, las nociones de equidad, interés público, urgencia o buenas costumbres constituyen una remisión a criterios o «*standards*» que el legislador no ha definido. Recurre a estas nociones a causa de su misma indeterminación y deja al intérprete (fundamentalmente al juez) un poder de apreciación (arbitrio judicial). Estos ejemplos ponen claramente de manifiesto que, una vez establecidos los hechos, se plantean problemas de calificación ligados a la mayor o menor dificultad de interpretar o de aplicar la norma jurídica. En muy pocos casos, al menos de los que exista una verdadera controversia jurídica, el razonamiento del juez se limita meramente a la aplicación del llamado *silogismo judicial*.

Por último, también debe procederse a fijar el sentido y el alcance de la consecuencia establecida por la norma. En este sentido, los problemas pueden arrear cuando la norma no es completa y su consecuencia jurídica debe buscarse en otra, o cuando la norma deja al juzgador diferentes posibilidades para restaurar la realidad perturbada por un comportamiento antijurídico.

1.2.2. *El inconfesable «proceso inverso»*

Como puede comprobarse, la aplicación del Derecho es más una *búsqueda y recreación* que una operación de subsunción lógica de un caso concreto en una norma jurídica preestablecida. Y ello sin hablar de los casos en que –algo inconfesable para la mentalidad «normativista»– operamos con el «procedimiento inverso», esto es, decidimos de antemano la solución que consideramos adecuada, para servirnos luego de la técnica jurídica en su justificación. En el método inverso las reglas jurídicas positivas no actúan como un *prius* o premisa del razonamiento (método silogístico), sino que operan *a posteriori* y sirven para controlar y comprobar que la decisión intuitiva está de acuerdo con el Derecho (Nieto, 2007), es decir, puede encuadrarse dentro de las posibilidades aceptables por el marco normativo.

Debemos confesar que la decisión jurídica es, en muchas ocasiones, el resultado de un proceso inverso al propuesto por el método de silogismo judicial. El juzgador comienza con una conclusión *previamente* adoptada (deseada) y posteriormente busca, valiéndose de cualquier artificio lingüístico o triquiñuela semántica, la justificación adecuada en las distintas normas del ordenamiento jurídico. Lo que el operador del Derecho hace es *justificar* sus fallos de acuerdo con sus gustos y preferencias morales, políticas, religiosas o económicas (Llewellyn, 1931). Para esta concepción, característica de las escuelas realistas del Derecho, la fundamentación de un fallo es solo un proceso de *racionalización psicológica* de una decisión adoptada *a priori*. El método silogístico libera al juez del peso de tener que explicitar sus propias decisiones valorativas, permitiéndole –bajo la «máscara» de la técnica jurídica– el confort de la «imparcialidad judicial». En cualquier caso, conviene no confundir las determinaciones psico-sociológicas que animan al juez, con las exigencias de motivaciones jurídicas de las decisiones judiciales (Véase Pound, 2004).

En la aplicación del Derecho no siempre se ofrecen explícitas las razones del por qué se ha adoptado una decisión en lugar de otra, por miedo a la acusación de utilizar «ideología» o argumentos «meta-jurídicos». Sin embargo, sí que es frecuente que los operadores jurídicos apelen a categorías retórico-formales tales como la «justicia», la «equidad», la «igualdad» o los «principios generales del Derecho» cuyo contenido racional-informativo es mínimo o nulo en relación a los fundamentos y el razonamiento empleado para la decisión. Aunque con el empleo de estas *fórmulas vacías* se quiere despertar la impresión de que se acude a realidades óntico-objetivas, lo cierto del caso es que detrás de estas figuras se abren las puertas a una difícilmente controlable creación judicial del Derecho. La clave así reside en cómo controlar «jurídicamente» esta inevitable actividad creativa del operador jurídico.

El proceso aplicativo no discurre a través de una supuesta continuidad entre norma y acto interpretativo, el resultado es que la selección del intérprete expresa no ya una valoración simplemente técnica, no ya las premisas metodológicas declaradas, sino una elección político-moral que se trata de «fundar» en Derecho (Tarello, 1995).

Existe también una tesis ecléctica, conocida como la teoría del «ir y venir de la mirada entre la premisa normativa mayor y el supuesto fáctico» (Engisch, 1960; 2001; 2004). Según este enfoque no existe, finalmente, un criterio metodológico único para adoptar una sentencia, por lo que se hace necesario acudir constantemente a la norma y a los hechos para dictar el fallo, todo valiéndose de múltiples herramientas, que no siempre son lógicas o racionales. De allí la inevitable dosis de *debilidad epistemológica* que conlleva toda decisión jurídica.

1.2.3. *La actividad «creativa» del operador jurídico*

El punto de partida sobre la aplicación del Derecho del que debemos partir para realizar

cualquier actividad jurídica es el caso concreto que nos ocupa, y que se nos aparece con independencia de las normas que puedan aplicársele. Habría que encontrar, partiendo del caso, lo que para el mismo es «*derecho*» (Díez-Picazo, 1993). El Derecho no sería tanto un *datum* sino un *quaesitum* que debe resolverse en la actividad aplicativa. Las normas preestablecidas actuarían más como formulaciones ideales, abstractas y generales, que deben tenerse en cuenta para decidir sobre los casos concretos. En muchos casos las propias «argumentaciones jurídicas» son la prolongación de los conflictos de lógicas e intereses vividas y encubren por ello una cierta tópicidad. El conjunto normativo, en cuanto cristalización de reglas generales de ordenación de conflictos sobre intereses, nos proporciona pautas para encontrar el «*iustum*», lo que es derecho para el caso concreto. Ahora bien, este «*iustum*» impone inevitablemente igualdad en la solución de los casos iguales y la objetividad y razonabilidad de la decisión. La tarea del operador jurídico se presenta así como una actualización para el caso concreto del contenido y ámbito de la norma, y en recrear, también para el caso concreto, el mandato hipotético de la misma (Villar Palasí, 1975; Heck, 1999).

La doctrina –jueces y juristas– participan en los procesos de juridificación, y no deben considerarse –como muchas veces se ha inculcado– ajenos al proceso de elaboración normativa. En gran medida, la *praxis* interpretativa forense ante un régimen legal insuficiente o ante una experiencia jurídica que supera intrínsecamente las previsiones de los marcos de regulación establecidos, supone una actividad creadora del derecho (Tarello, 2002). Los juristas contribuyen de una mera especial, mediante *actividad «creadora»*, al desarrollo del contenido del derecho, esto es, no meramente piensan hasta sus últimas consecuencias las ideas del legislador (Engisch, 2001). Son conocidos los métodos de *desarrollo judicial del derecho*, que van más allá de una mera interpretación jurídica, y que pueden agruparse entre los que suponen

el desarrollo del Derecho inmanente a la ley (técnicas de integración de lagunas de la ley, ponderación de «bienes protegidos») y los que incluso desarrollan el Derecho más allá del plan de la ley (*v. gr.* a través de la utilización de principios ético-jurídicos) (Larenz, 1994). A diferencia del pensamiento convencional de la dogmática jurídica, donde la tarea interpretativa se limita al descubrimiento o comprensión de una norma preestablecida, y por consiguiente se trata de encontrar la técnica interpretativa más adecuada a la misma, la tarea aplicativa no se reduce exclusivamente a esta operación. En una visión realista de la actividad aplicativa, la norma no precede como un dato al proceso interpretativo, sino que lo sigue como su resultado, de manera que la norma constituiría un significado atribuido por el operador jurídico a un determinado enunciado normativo (y del que no pueden desprenderse los juicios de valor vinculados a la decisión interpretativa). La decisión jurídica normalmente conlleva un cierto margen de discrecionalidad que no puede ser ocultado por la presentación del proceso decisorio como una deducción meramente lógica. Ahora bien, este desarrollo inmanente o superador de la ley no podrá entrar –por razones de unidad interna del orden jurídico– en contradicción con los principios directivos del orden jurídico, en especial los de rango constitucional. Por ello el desarrollo debe salvaguardar en la mayor medida posible, «la conexión con las reglas jurídicas existentes y su comprensión dogmática, ajustándose a los principios y contenidos normativos ya conocidos» (Larenz, 1994).

Un ejemplo de superación de la concepción estrictamente normativista es la metodología de los tópicos jurídicos (Viehweg, 1986), que viene referida al empleo de «lugares específicos» del ámbito jurídico. El pensamiento tópico tiene por objeto conclusiones que derivan de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada, es decir, que cuentan con aceptación o *endoxa*, responde a la «técnica de pensamiento orientada

hacia el problema». Se trata de un pensamiento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares partiendo de directrices o de guías que no son principios lógicos desde los que poder deducir con resolución, sino simples *loci communes* de valor relativo y circunscrito revelados por la experiencia. La funcionalidad de los tópicos jurídicos es que suministran razones –argumentos o puntos de vista– que permiten descartar las soluciones que no son equitativas o razonables, en la medida en que estas últimas descuidan las consideraciones que estos lugares permiten sintetizar y que se integran en una visión global del derecho como *ars aequi et boni*. Algunos de estos lugares afirman principios generales del derecho, otros son máximas o adagios formulados en latín, y otros, finalmente, indican valores fundamentales que el derecho protege y pone en práctica.

La principal crítica dirigida a los partidarios de los tópicos jurídicos por los adeptos de una concepción más dogmática y más sistemática del derecho, consiste en la vaguedad de estos lugares y en el hecho de que en un conflicto es raro que las partes no puedan invocar uno u otro a su favor (carácter *dialógico*). A ello cabe objetar que el recurso a los tópicos no se contraponen en ningún modo a la idea de un sistema de derecho, sino a la aplicación rígida e inflexible de las reglas. Gracias a los tópicos jurídicos, el juez va a disponer de una mayor libertad en la interpretación de los textos legales y en su flexibilización, esta libertad, en lugar de conducir a la arbitrariedad, aumenta los medios intelectuales que el juez dispone para la búsqueda de una solución razonable, aceptable y equitativa. La gran ventaja de los tópicos jurídicos consiste en que, en lugar de contraponer dogmática y práctica, permiten elaborar una metodología que se inspira en la práctica, y guían los razonamientos jurídicos, de manera que, en lugar de contraponer el Derecho a la razón y a la justicia, se esfuerzan, por el contrario, en conciliarlos.

En la práctica, el sistema normativo ofrece posibilidades «para que unos Tribunales pro-

gresivos puedan conseguir que una idea de justicia, tal y como se presenta a la conciencia social predominante, llegue a valer como regla de conducta antes de que se recoja formalmente en una norma estatal o equiparada», de ahí «la importancia de la doctrina legal, que a la vez que fija o expone el sentido de las normas positivas, las remodela, extiende e incluso las anticipa» (Borrajo Dacruz, 2009).

Nuestra disciplina ofrece numerosos ejemplos de creación judicial del Derecho. Muchos campos del Derecho del Trabajo no han tenido inicialmente regulación legal, y en ocasiones los Tribunales han tenido que colmar lagunas que bien podrían quedar también plasmadas de forma parecida en una ley parlamentaria (*v. gr.* ciñéndonos a experiencias recientes de nuestro Ordenamiento laboral: la creación jurisprudencial de una variante del contrato de interinidad para las Administraciones Públicas que luego acogió –y generalizó– el desarrollo reglamentario del art. 15 LET; o la figura del empleado público con contrato laboral «indefinido no fijo de plantilla», de originaria creación judicial que luego ha encontrado reconocimiento legal en el Estatuto Básico del Empleado Público). Así pues, el Derecho vivo confirma la tesis de que «el Derecho efectivo por el que se ha de regir la conducta de los empresarios y de los trabajadores sólo aparece parcialmente en los textos legales; muchas normas, a veces sumamente importantes tuvieron que ser desarrolladas por los tribunales de trabajo...» (Däubler, 1994).

No es de extrañar que gran parte de la doctrina iuslaboralista hace tiempo que afirma el valor de la jurisprudencia como «fuente del derecho» (Del Peso, 1963), que hablara de que algunas sentencias de casación tienen el aire de ser un «Derecho del pretor» (Camerlynck / Lyon-Caen, 1974) o, en fin, que reconocieran abiertamente su «poder normativo» (Javillier, 1982). La jurisprudencia tiene una innegable trascendencia normativa de eficacia real, dada su función integradora y com-

plementadora del ordenamiento jurídico a través de los criterios de interpretación aplicados que se generalizan y se proyectan en el futuro a través de su reiteración. A esta «trascendencia normativa» de la jurisprudencia se refería la propia Exposición de Motivos del RD 1836/1974, que sancionó con fuerza de ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código Civil, cuando señalaba que en esa tarea interpretativa y de aplicación de «...las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa» [reconocida en STS 27 de diciembre de 1975, 7 de marzo de 1998]. Trascendencia normativa en función de la norma jurídica a la que complementa [SsTS 17 de diciembre de 1997, 13 de noviembre de 1998], en su función integradora del ordenamiento jurídico [STS 17 de diciembre de 1997] o como «fuente complementaria del Derecho [STC 246/1993, 318/1994, 185/1996, entre otras]. De ahí que la aclaración doctrinal en la Exposición de Motivos del Título Preliminar del C.c. de que no se ha querido incluir a la jurisprudencia entre las fuentes «es defectuosa, porque de hecho sí se la ha incluido como tal, con el mentado carácter complementario» (Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008; aunque con cita de sentencias más recientes que niegan esta condición como creadora de normas o fuente del ordenamiento, STS 29 de abril de 2002, 25 de junio y 22 de julio de 2002, y que la limitan a un mero «complemento» del ordenamiento jurídico).

Desde un normativismo formal (como desde un escrupuloso –y «ciego»– respeto al principio de división de poderes) se niega el carácter de fuente del derecho de la jurisprudencia, pues se entiende que los órganos judiciales exclusivamente ejercen «potestad jurisdiccional» (art. 117.3 CE). La práctica se ha encargado de poner de relieve que muchas

instituciones básicas del ordenamiento positivo-laboral son deudoras de las reflexiones doctrinales de los jueces, pues son numerosas las resoluciones judiciales que han contribuido a la elaboración y desarrollo doctrinal del Derecho del Trabajo, con frecuencia a su evolución progresiva, pero también en ocasiones a su «reducción conceptual» (Montalvo Correa, 1984; Muñoz Campos, 1984). Solamente un ciego aferramiento a una concepción normativista –y a presuntas exigencias estrictísimas fundadas en un monismo metodológico asentado en una rígida idea de seguridad jurídica– puede negar esta función creadora –vía interpretación o suplencia de lagunas– y renovadora que tienen los Tribunales. Como se ha dicho: «es su readaptación continuada a las exigencias de la vida la más clara función de los Tribunales y, muy en especial, de los Tribunales laborales» (Galina Moreno, 1980). En cualquier caso, se considere si la jurisprudencia es «formalmente» o no fuente del Derecho, se trata de «una fuente imprescindible de expresión y de conocimiento del Derecho... el conocimiento cabal de las instituciones normalmente es muy difícil y con frecuencia imposible sin conocer cómo son aplicadas por la jurisprudencia sus normas y principios» (Martín Valverde / Rodríguez-Sañudo / García Murcia, 2009).

Nuestro sistema no se basa en el *case law* (o *judicial precedent*), pero bien es cierto que la interpretación jurisprudencial de la norma se incorpora a la misma como un todo inseparable, creando la expectativa de que los casos futuros serán resueltos por cada Tribunal en el mismo sentido que los anteriores (Camps Ruíz, 2005).

La igualdad en la aplicación de la ley no implica inamovilidad absoluta de la jurisprudencia, sino simplemente que los cambios de criterio deben ser debidamente fundamentados [STC 42/1993]. El sistema jurídico establece mecanismos de control frente al cambio judicial en la interpretación y la aplicación de las normas, teniendo presente el principio de la interdicción de la arbitrarie-

dad de los poderes públicos (*ex art. 9.3, 14 y 24 CE*). Cuando se trata de la aplicación de la Ley por un mismo órgano judicial, el principio antedicho obliga a que las soluciones ofrecidas a los casos individualizados obedezcan a un criterio general de interpretación y aplicación de la legalidad, pues la igualdad en la aplicación de la ley «implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considera que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable» [STC 63/1984]. Corrección que debe ser más intensa cuando el derecho fundamental a la igualdad aplicativa de la ley se vulnera por haber tomado en consideración el órgano judicial «circunstancias personales o sociales de las partes... que no debieron serlo» (desigualdad aplicativa discriminatoria) [STC 144/1988].

2. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES Y SUS PRINCIPIOS

2.1. Selección de la norma aplicable en Derecho del Trabajo (notas para una teoría)

La doctrina iuslaboralista se ha afanado por identificar unos principios propios y específicos del Ordenamiento laboral, pues esta era también una manera de justificar su autonomía científica (relativa). Por principios de aplicación de las normas laborales se entendían «aquellas líneas directrices o postulados básicos de la tarea interpretativa que inspiran el sentido con que han de aplicarse las normas laborales, ser desentrañado –en caso de duda– el contenido de las relaciones de trabajo, o desvelada justamente la intención que presidiera la voluntad de los sujetos contratantes» (Alonso García, 1971). No es de extrañar que en tales principios, que ordena y articulan las relaciones internormativas en el momento de la producción normativa y en

el plano aplicativo de la norma se haya fundamentado la propia especialidad o autonomía jurídica del Derecho del Trabajo, dada su vinculación estrecha tanto con su compleja composición como con los fines y las características de las normas laborales (Lyon-Caen, 1974).

Uno de los principales elementos a tener presente en la aplicación del Derecho del Trabajo es el sistema plural de fuentes que lo sustenta, y que da lugar a situaciones de concurrencia y concurso de normas en el momento aplicativo, esto es, de solución del caso concreto que se plantea en la realidad. El concurso normativo aparece, en realidad, como la transposición técnico-jurídica de algo que le antecede, esto es, «el concurso de poderes normativos que participan en la elaboración del sistema de Derecho del Trabajo, sistema particularmente flexible y abierto históricamente en el seno del sistema jurídico general en el cual se integra» (Rivero Lamas, 1970a). Indudablemente, ello es reflejo de «un intento político legislativo de objetivar la relación jurídico laboral más allá de la fuente constitutiva o genética de la misma a efectos de predeterminación de su contenido a través de un sistema plural de fuentes reguladoras de la misma» (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998). Es la propia abundancia, movilidad, pluralidad (distinta naturaleza y origen), y diferente ámbito aplicativo de las normas laborales lo que exige una clarificación a través de principios y criterios de ordenación sistemática (Camps Ruíz, 2005), que regulen las relaciones inter-normativas como los criterios de selección de la norma aplicable.

Debe destacarse –como premisa ineludible de análisis– que la aplicación de las normas jurídico-laborales comparte las reglas aplicativas generales en cuanto a la selección de la norma aplicable al caso concreto. Las cuestiones relativas a la jerarquía de fuentes, la aplicación del principio de especialidad, del principio de competencia (relevantísimo en la articulación de fuentes supranacionales –comunitarias– con el ordenamiento interno,

o en la conjugación –dentro de nuestro Estado autonómico– de la normativa estatal con la autonómica), el problema de la sucesión de normas en el tiempo (principio de modernidad) y la imperatividad de las normas y su relación con la autonomía individual, tienen en Derecho del Trabajo las mismas soluciones técnicas que propone la teoría general de las fuentes del Derecho. La jurisprudencia ha considerado que los «principios generales de ordenación en el sistema de fuentes en el Derecho del Trabajo son, con las precisiones que se derivan de los principios de norma más favorable y condición más beneficiosa, los generales de jerarquía y orden normativo» [STS 9 de julio de 1991].

No obstante, sí que es necesario advertir que en esta rama del Ordenamiento, los temas aplicativos de las normas encuentran «determinados problemas genuinos de la materia y de su regulación normativa, que no se encuentran en otras ramas del Derecho, o que se modalizan significativamente respecto de los esquemas de validez general» (Vida Soria *et altri*, 2009). Se trata de «principios «estructurales», con trascendencia en el terreno funcional o aplicativo, y que también son «clásicos», propios del Derecho del Trabajo en su caracterización doctrinal tradicional (si bien esa caracterización no sea idéntica en todos los ordenamientos jurídicos, aunque sí muy próxima, y haya experimentado alteraciones a lo largo de su vigencia)» (Casas Baamonde, 2003).

Todo ordenamiento jurídico complejo (plural) requiere, por elementales razones de seguridad jurídica, de «una gradación normativa, de carácter y significación jerárquicas, y un principio general de manifestación temporal, por virtud del cual, dentro del mismo grado, la norma moderna deroga a la más antigua» (Alonso García, 1971). Así pues, la autonomía del Derecho del Trabajo, como en casi todas sus esferas, aquí también es muy relativa. No en vano se ha dicho que esta rama del Derecho es profundamente dependiente en sus técnicas respecto de las que rigen el

ordenamiento general, siendo esta autonomía relativa del Derecho del Trabajo «coherente con la unidad intrínseca del ordenamiento jurídico constitucional y con el papel determinante de los sectores o ramas verticales en el establecimiento de sus técnicas instrumentales» (Monereo Pérez, 1996a).

La multiplicidad de normas estatales y el intenso papel que –aún hoy día– tiene el poder reglamentario en materia laboral, plantean problemas como la relación entre la ley y el reglamento en este ámbito. Pero es claramente la existencia de normas jurídicas extraestatales, derivadas de la autonomía colectiva, lo que genera la necesidad de establecer reglas adecuadas («específicas») para la articulación de las normas de origen estatal y las que provienen de la autonomía colectiva. Por último, también la autonomía individual está presente, si no como norma, sí como «fuente de regulación» de las condiciones de trabajo («fuente de derechos y obligaciones»), por lo que también las condiciones que emanan de esta variante de la autonomía privada –en el plano individual– deben articularse con las que provienen de la heteronomía estatal o de la autonomía colectiva. Por si fuera poco, la realidad social a regular hace que las reglas laborales sean muy contingentes, apegadas a realidades económicas y productivas cada vez más cambiantes, por lo que también ha de atenderse a las cuestiones surgidas de la sucesión de normas (vigencia y aplicabilidad).

Todo todos estos motivos, la labor del operador jurídico en la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, requiere no solamente la averiguación de la disposición en vigor (o del «combinado» de disposiciones en vigor) con vocación de aplicabilidad al caso concreto, sino también –muy a menudo– de la elección, atendiendo a determinados criterios de preferencia, entre distintos preceptos concurrentes en la regulación de un mismo supuesto de hecho (Martín Valverde / Rodríguez-Sañudo / García Murcia, 2009). Así pues, el proceso de determinación del derecho

aplicable, que en otros sectores del ordenamiento se agota en la búsqueda de la disposición vigente, se complica considerablemente en el Derecho del Trabajo, puesto que puede haber varias disposiciones perfectamente válidas para la regulación del supuesto de hecho contemplado. No se trata sólo, por consiguiente, de indagar la disposición en vigor, «sino de coordinar entre sí los distintos preceptos aplicables según criterios de preferencia de utilización no siempre fácil» (Martín Valverde, 1978). Como se ha dicho con acierto, el Derecho del Trabajo, «más que una ‘pirámide’ de normas», es una cascada o torrentera de legislación, pactos colectivos regulares e irregulares, contratos individuales, reglamentos de trabajo y de régimen interior residuales, concesiones unilaterales de la empresa consolidables como mejoras colectivas o *ad personam*, usos profesionales y locales, etc.» (Borrajo Dacruz, 2009).

Los principios aplicativos del Derecho del Trabajo son criterios de selección de la norma aplicable (fundamentalmente, los principios de norma mínima, de norma más favorable y el de condición más beneficiosa), no suponen desconocimiento –ni siquiera una modulación cualitativamente importante y trascendente– de la jerarquía normativa o vulneración de ésta, pues «como tales normas más favorables no contienen nunca una disposición que siendo de rango inferior a otra, haya de resultar aplicable *en contra* de ésta, sino mejorándola y completándola» (Alonso García, 1971). En materia aplicativa, el Derecho del Trabajo goza de ciertas particularidades propias que derivan de la modalización del tratamiento jurídico en su dimensión individual y colectiva, que da a éste una especificidad jurídica (Rodríguez-Piñero, 1970-1971). La aplicación de las normas laborales se efectúa de acuerdo con las técnicas comunes sobre aplicación del Derecho, pero ello «no impide la existencia de peculiaridades, congruentes con la singularidad del ordenamiento jurídico-laboral»; las «específicas finalidades perseguidas por el Derecho del Trabajo se

traducen en el establecimiento de principios informadores característicos de este sector del Ordenamiento, que inspiran toda la legislación laboral» (Montoya Melgar, 2009a).

Tales principios específicos se han considerado un derivado de sus postulados sustantivos –incluso de condicionantes constitucionales–, es decir, de la función económico-social llamada a desplegar por esta rama del Ordenamiento jurídico. Las funciones perseguidas por el Derecho del Trabajo han significado una «modulación» –que no contraposición– de los criterios generales aplicativos de las normas jurídicas. Se trata de criterios inducidos por el necesario respecto a los principios y técnicas individualistas que consagran y respetan el dogma de la autonomía de la voluntad en materia contractual (principio de condición más beneficiosa), o bien que la limitan por razones de orden público (principio de indisponibilidad de derechos), pero que también trata de arbitrar técnicas de igualación material y de comprender la dimensión colectiva de las relaciones de trabajo (principio de norma mínima y norma más favorable) (*vid.*, Radbruch, 1930; Menger, 1998). En los principios aplicativos se refleja también una cesión del espíritu individualista (Idea Individual) ante el espíritu social (Idea Social), inherente al Derecho social del trabajo (Sinzheimer, 1984; Gurvitch, 2005 y 2001; Tönies, 2009). Así pues, en «su raíz se descubren presupuestos valorativos, ideológicos, a los que responden estos principios y que se condensan en la idea normativa de la protección o ‘favor’ del trabajador, de su libertad y dignidad y de sus intereses e instrumentos de acción colectivos, inspiradora del ordenamiento laboral como intervención singular de los poderes públicos desde su nacimiento mismo...» (Casas Baamonde, 2003). Las fuentes de reglamentación y de integración del contrato de trabajo ponen en entredicho el antiguo «dogma de la voluntad» propio del pensamiento liberal, ya superado por el avance de los límites impuestos en el Estado social y en

particular a través del Derecho social (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998; Monereo Pérez, 1996b).

Esta finalidad tutelar y compensadora de los principios de aplicación del Derecho del Trabajo ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a establecer su fundamento en alguno de ellos (principio *pro operario* en su acepción más amplia, o en el *favor laboratoris*), del que los restantes serían instrumentos, modalidades o variantes, bajo la veste de una idea igualadora, de justicia material o de equidad (Casas Baamonde, 2003). Ciertamente, estos principios «funcionan como mecanismos o técnicas instrumentales para la satisfacción de los valores e intereses protegidos por el Ordenamiento laboral. Aunque contraen su actuación a la composición, ordenación y articulación del sistema de fuentes jurídico-laborales y a su aplicación a los contratos de trabajo...» (Casas Baamonde, 2003).

En el ámbito del Derecho del Trabajo, son precisamente sus principios informadores –sustantivos– los que han determinado la existencia de una serie de principios específicos, tanto aplicativos –de selección de la norma aplicable– como de interpretación jurídica. En cierto sentido, ello ha conllevado alguna modulación sobre la teoría general de la aplicación del Derecho, que incluso ha tenido fuerza expansiva en otras ramas del ordenamiento jurídico (*v. gr.* el principio de irrenunciabilidad en los arrendamientos urbanos –art. 6 LAU–). Se trata de la deformación o adaptación de ciertos criterios aplicativos –selectivos– de la norma aplicable que tienen un fundamento *per razione materiae* (Monereo Pérez, 1996a). En la doctrina clásica –no sin cierta mistificación– se definen como «simples postulados, que sociológicamente primero y jurídicamente después, por disposiciones legales o por resoluciones judiciales, se han convertido en criterios de orientación del legislador y del juez en defensa de la parte que se estimó más débil en la relación laboral, para establecer con un privilegio jurídico una desigualdad social» (Bayón Chacón / Pérez

Botija, 1977-1978). Como advirtiera Ojeda Avilés (1971), a medio camino entre el principio protector y su desenvolvimiento normativo, la doctrina ha situado una serie de principios –el de irrenunciabilidad, de condición más beneficiosa, de norma más favorable, de «*in dubio, pro operario*», etc.– que unas veces encuentran acogida en el Derecho positivo, pero en todo caso derivando de aquel principio. Advirtiendo que es en tales principios donde «se expresa ampliamente la virtualidad delimitadora del principio protector».

Pero no se trata propiamente de principios generales del Derecho sino de *reglas* que orientan la actividad selectiva de la norma aplicable al caso concreto. Estos principios «se exteriorizan en preceptos normativos en los que expresamente aparecen formulados, con absoluto valor legal» (Alonso García, 1971). A diferencia de los principios generales del Derecho, que son fuente del Derecho, aquí estamos ante lo que la doctrina ha denominado «principios especiales», porque admitirlos entre aquellos, «sería romper la unidad del sistema jurídico» (Bayón Chacón / Pérez Botija, 1977-1978). Ello pone de relieve la idea de sistema, el control del sistema jurídico sobre los criterios aplicativos de las normas en el marco de ordenamientos jurídicos complejos y plurales.

Tales principios también han sido objeto de una evolución o transformación histórica –especialmente en la *praxis* judicial– confirmando la idea del «Derecho de los juristas» como también la adaptabilidad de esta rama del Ordenamiento a las nuevas circunstancias sociales, económicas y productivas. Ello realza la «función política» que también desempeñan los operadores jurídicos a la que nos hemos referido con anterioridad. Es por ello que las reglas aplicativos y la *praxis* interpretativa son susceptibles de un análisis histórico, como cristalizados del equilibrio contingente derivado de los heterogéneos factores condicionantes en cada momento determinado (el sistema político imperante, la situación económica, la correlación de fuerzas

sociales, etc.). Es ya antigua –pero no exenta de plena actualidad– la constatación de la dependencia del Derecho del Trabajo de la economía, y la idea de que éste «sólo puede tener contenido si existe una economía que asegure las condiciones de vida del trabajo, preserve la destrucción y sustraiga la existencia del Derecho del Trabajo del azar de una economía desordenada» (Sinzheimer, 1984; Monereo Pérez, 2001).

Todo modelo jurídico –incluido el modelo jurídico-laboral– obedece a «una opción política, a la que institucionaliza y da forma», así pues, la «concepción política general que inspire a un determinado sistema social tiene así su necesario reflejo en la configuración del Derecho, y dentro de él, del Derecho del Trabajo» (Montoya Melgar, 2009a). Las finalidades perseguidas por el Derecho del Trabajo se han ido transformando, e incorporando los elementos de competitividad empresarial y sus exigencias, y ello ha determinado también una dinámica evolutiva particular en cada uno de los principios aplicativos.

Puede afirmarse sin ambages que los principios aplicativos tradicionales «han venido sufriendo cambios importantes, como consecuencia de la evolución legislativa y, más aún en el nuevo modelo de relaciones laborales instaurado a partir de la reforma laboral de 1994, y como consecuencia de la aplicación jurisprudencial que se viene haciendo, que han supuesto un retroceso, o incluso su propia desaparición, en la aplicación de los mismos al Derecho del Trabajo» (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998).

En la medida que los criterios no se encuentren fijados de manera precisa e inequívoca, y esta es tarea muy compleja en ordenamientos plurales, finalmente la jurisprudencia también asume un papel estructurador del sistema de fuentes en su vertiente aplicativa, más concretamente, de la forma en que operan los principios y reglas aplicativas (que en realidad suponen también un *punto de inflexión entre lo político y lo jurídi-*

co, al traducir en términos jurídicos el equilibrio de poder normativo entre los poderes sociales con dicha capacidad). Como ya advirtiera nuestra mejor doctrina, esta tarea «puede convertirse en una valoración política si no están claramente marcados los dominios propios de cada una de las fuentes», pues lo que «realiza el juez al decidir sobre la eliminación de determinadas normas o sobre la aplicación preferente de otras, intentando cristalizar criterios decisorios para el futuro, es fijar para supuestos concretos el dominio del Poder legislativo y de la Administración, del poder normativo sindical y del propio empresario, si tal poder puede atribuírsele a este último» (Rivero Lamas, 1970a).

Así pues, tales principios han sufrido cambios y alteraciones en sus funciones y aplicabilidad, como subproducto de los cambios ideológicos, normativos y jurisprudenciales. Fenómenos como la flexibilización del Ordenamiento laboral (dispositivización o incremento de relaciones de complementariedad), la desregulación, la descentralización negociada, la individualización, han producido notables retrocesos, crisis o relegación aplicativa de los principios, que –en su mayoría– siguen con un enunciado formalmente intacto. La misma jurisprudencia, que desempeñara un papel crucial en el reconocimiento y consolidación de tales principios, ha venido desempeñando en tiempos más recientes también un papel de revisión de los mismos, desplegando visiones más promotoras de la autonomía –individual y colectiva– y más alejadas de la necesidad de intervención heterónoma (esto es, una recreación asociada a la reducción de su campo aplicativo).

En esta dirección, ha podido señalarse cómo «el redimensionamiento de la función del Derecho del Trabajo de protección del trabajador y de sus medios de acción colectiva, se proyecta decisivamente sobre su sistema de fuentes y que... conoce un ritmo ininterrumpido con la irrupción progresiva de criterios económicos y de defensa del empleo y de la competitividad empresarial en las normas

laborales, alcanzaría decisivamente... el juego de estos principios...» (Casas Baamonde, 2003).

2.2. Análisis de los principios aplicativos laborales y sus líneas evolutivas

2.2.1. Principio de norma mínima

Conforme al principio de norma mínima la norma de rango superior viene a establecer unas condiciones mínimas de trabajo con carácter de imperativas, de modo que faculta que la misma materia sea regulada por otra u otras fuentes de rango inferior incrementando esos mínimos en clave de mejora de las condiciones desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores. Es por ello que el principio de jerarquía sigue actuando, en la medida que la norma inferior ha de respetar los mínimos fijados por la norma superior, del mismo modo que si la norma inferior puede intervenir fijando condiciones diferentes superiores lo es precisamente porque así se lo autoriza la norma superior.

Tradicionalmente se le considera una manifestación del principio tuitivo propio del Derecho del Trabajo, por cuanto que los mínimos son respecto de las condiciones de trabajo y los incrementos admitidos son aquellos que favorecen a los trabajadores (Cruz Villalón, 2009). Es muy expresivo que cuando algunos autores han tratado la combinación de diferentes fuentes laborales, han hablado de que las mismas, «más bien que constituir una jerarquía *strictu sensu*, se completan y se ajustan a fin de mejorar la condición del asalariado», vinculando este fenómeno jurídico a la idea de «progreso social» (Camerlynck / Lyon-Caen, 1974).

Si la aplicación del Derecho del Trabajo estuviese presidida en exclusiva por el principio de jerarquía, ello significaría la estatalización de la normativa laboral y la inviabilidad práctica de la negociación colectiva. Para

evitar esos efectos indeseados, el Ordenamiento «ha arbitrado un peculiar mecanismo de corrección de las consecuencias a que llevaría la aplicación estricta del principio jerárquico», que consiste «en la previsión y reconocimiento de que las condiciones laborales que resultan efectivamente aplicables son las más favorables, con independencia del rango mayor o menor de la norma que las contenga» (Montoya Melgar, 2009a).

El principio de norma mínima juega combinadamente con el de «norma más favorable», del que es la «otra cara»; éste actúa en el momento de elaboración de las normas y aquel –«norma más favorable»– en el momento de su aplicación. Interesa destacar que ni el principio de norma mínima ni el de norma más favorable suponen excepciones al principio de jerarquía como entendió originariamente la doctrina [...la jerarquía normativa tiene sus excepciones y una de ellas es en el Derecho del Trabajo, en el que rige antes el principio de aplicación de la norma más favorable» (Pérez Botija, 1947)], sino un complemento al mismo en atención al sistema de fuentes propio de esta rama del derecho. Son criterios que permiten seleccionar efectivamente la norma que mayor nivel de derechos establezca para el trabajador, pero en el establecimiento de tales niveles siempre han de respetarse los mínimos de derecho necesario establecidos por las normas de rango jerárquico superior. Por ello no suponen excepción al modelo kelseniano de articulación de fuentes del derecho, simplemente un criterio aplicativo. El principio de norma mínima es la regla que permite articular la relación de suplementariedad entre normas laborales (normas que añaden algo o suplementan a las de rango superior, que se conforman como regulación de mínimos). La técnica se traduciría en la aplicación de la norma que contenga el máximo de los mínimos concurrentes, modalizando en cierta forma la aplicación del principio de jerarquía normativa, no el propio principio, ya que realmente cada norma sigue conservando su rango jerárquico y las normas

inferiores han de respetar los mínimos establecido por las normas de rango superior.

En la doctrina tradicional se les concibe como un principio «que puede determinar una alteración en la aplicación de normas de rango jerárquico diferente» (Alonso García, 1971); pero no suponen una quiebra del principio de jerarquía (como decía la STS 4 de mayo de 1987). La norma mínima se identifica con la configuración normativa de «derecho necesario relativo», esto es, normas –muy características del Derecho del Trabajo «clásico» (cfr. Martín Valverde, 1978)- que establecen un mínimo imperativo de la materia regulada que debe cumplirse en todo caso (bajo sanción de nulidad), y que permiten la mejora de ese nivel mínimo vía convencional o contractual. Suponen un límite a la autonomía privada (colectiva e individual), aunque permite que ésta mejore las condiciones de trabajo fijadas como mínimos. En consecuencia estamos ante un principio que opera en el plano de la concurrencia no conflictiva (suplementariedad), pues la conflictiva (incompatibilidad de preceptos) ya viene resuelta por el principio de jerarquía.

Las principales dificultades aplicativas del principio de norma mínima (relación de complementariedad) se presentan: a) cuando la norma superior no presenta una redacción de la que expresamente se deduzca que está fijando una condición mínima, por lo que no se sabe con certeza si lo que establece lo puede modificar para incrementarlo la norma inferior; b) cuando la regulación tiene un carácter cualitativo respecto de la cual es discutible si el cambio en una u otra dirección mejora o empeora los intereses de los trabajadores, pues para unos puede provocar el efecto positivo en tanto que para otros puede producir el resultado inverso (Cruz Villalón, 2009). Además, su interpretación por la jurisdicción social ha impulsado un retroceso en su alcance por una doble vía (Casas Baamonde, 2003): a) por la valoración del principio de «autonomía colectiva» y el «predominio del pacto» sobre la ley o, al menos, de la preser-

vación de la voluntad negocial común ante la ley; b) en otras ocasiones, como consecuencia de la aceptación de la capacidad de la ley, de la que desaparece su carácter imperativo mínimo para aparecer su imperatividad máxima o absoluta, con el fin de constreñir plenamente la actuación de la autonomía colectiva (el establecimiento de máximos y reservas legales que impiden la actuación más favorable de la negociación colectiva).

A medida que en el Ordenamiento laboral –por influjo de las técnicas propias de la flexibilidad– avanzan las relaciones de suplementariedad y complementariedad, el propio principio de norma mínima deja de tener relevancia, y se potencia la autonomía de la voluntad –colectiva e individual–. Así pues, el principio de norma mínima retrocede bajo las políticas legislativas flexibilizadoras de las relaciones laborales, en aras de otorgar un mayor protagonismo al poder negocial de los interlocutores sociales y a la propia autonomía individual.

Las relaciones entre norma estatal y convenio colectivo no permanecen estáticas, sino que están sujetas «a una continuada evolución en función de las distintas opciones de política del Derecho», dado que en sí mismas «presuponen una interacción permanente entre la norma estatal y la norma paccionada dentro de un modelo de relación pluralista y dinámico» (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998). Frente al tradicional modelo de «superposición» –mejora convencional de los mínimos legales–, se establecen relaciones de complemento o desarrollo por la negociación colectiva de las bases o principios fijados por la ley, o bien se realiza legalmente una distribución por razón de la materia, junto con la apertura a las posibilidades de que los convenios colectivos deroguen en sentido peyorativo lo establecido por la ley (fenómeno de «dispositivización») (Sala Franco / López Gandía, 2005). La doctrina más autorizada habla de una nueva búsqueda de «un sistema más liberal, en el que resulten eficaces las autonomías privadas y sobre todo las profesionales,

cuyos acuerdos serán válidos dentro del marco establecido por el Estado» (Borrajó Dacruz, 2009).

2.2.2. Principio de norma más favorable

A pesar del confusionismo doctrinal y jurisprudencial reinante, diferente de la «norma mínima» (explicativa de las relaciones de complementariedad) es la norma más favorable, que –siguiendo una autorizada doctrina– no es necesaria ni procedente para explicar la aplicación de la norma suplementaria. Es innecesaria porque en «el caso de la regulación de mínimos el juego de la norma suplementaria ya está previsto y postulado por la norma-base, y no hace falta recurrir a ningún criterio externo a la lógica de las normas concurrentes para dar cuenta de la aplicación de aquella»; y no es procedente «porque una cosa es la constatación de que una norma es más favorable que otra –y la norma suplementaria, por hipótesis, lo es–, y otra cosa es el recurso al criterio de la norma más favorable para decidir la preferencia de una norma sobre otra a la hora de la aplicación» (Martín Valverde, 1978). Dicho de otro modo, el principio de norma más favorable es un principio de selección de la norma aplicable entre dos o más posibles. Mientras que el principio de norma mínima es –en el momento aplicativo– un «principio de *depuración* de normas –y también de contratos–, pues, dada la imperatividad relativa de la norma mínima en cuestión, toda norma inferior que no respete el mínimo establecido o toda cláusula contractual que tampoco lo respete será nula de pleno derecho y, por tanto, no podrá ser aplicada por el Juez. Pero, en cambio, si esa norma inferior o esa cláusula contractual respetan el mínimo (contienen una condición igual o superior a la legalmente establecida) se aplicarán *no en detrimento* de la norma mínima, sino *en conjunción* con ella: es lo que se ha denominado un supuesto de *suplementariedad normativa*» (Alarcón Caracuel, 2000).

La redacción del principio de norma más favorable (art. 3.3 LET) se ha considerado un «modelo de insolidéz», causa inmediata de la confusión y de la conflictividad que reina en el seno del mismo (De la Villa, 1997). Trasunto del anterior art. 4.1 LRL, no ha sido objeto de la necesaria reconsideración a la luz de las transformaciones en el sistema de fuentes que conllevaba la instauración de un nuevo modelo de relaciones laborales.

La aplicación de este principio exige, según sus presupuestos esenciales, por un lado, que haya una concurrencia de varias normas laborales (entre normas estatales, entre normas pactadas y entre normas estatales y pactadas), todas vigentes, que regulen una misma situación y, por otro lado, que ese conflicto se resuelva seleccionando para su aplicación aquella norma de entre todas las concurrentes que contenga la regulación más favorable para el trabajador.

En la medida que las relaciones inter-normativas se han hecho más complejas (las relaciones ni se han basado ni se basan exclusivamente en la complementariedad), las situaciones de concurrencia conflictiva son cada vez menos frecuentes, reemplazadas por el predominio relaciones de concurrencia no conflictiva. Y ello explica en gran medida su declive o desvanecimiento.

Lo realmente complicado es identificar las situaciones donde tendría aplicabilidad este principio, al que se le ha achacado que realiza un «falso planteamiento» (Alarcón Caracuel, 2000). El juego de la concurrencia de normas («prius» de la aplicación del principio de norma más favorable) parece cada vez más reducido (Montoya Melgar *et altri*, 2001), o como también se ha dicho «es el propio enunciado del problema que se trata de solucionar el que impide ser acogido sin reticencia... examinada la regulación contenida en el ET sobre las normas laborales, hablar, como hace el art. 3.3 ET, de conflictos entre tales normas es plantear, salvo casos excepcionales que pudieran suscitarse, un falso problema» (Montoya Melgar, 2009a).

Entre normas estatales del mismo rango, el principio de modernidad (o de especialidad, competencia, etc.) impiden que juegue la norma más favorable. La relación entre normas estatales de distinto rango se rige por la estricta sujeción al principio de legalidad *ex art. 3.2 LET* (con aplicación de la ley y la correlativa nulidad del reglamento que se extralimite *–ultra vires–* en su función de mero desarrollo), salvo habilitación legal expresa para una reglamentación más favorable, en cuyo caso éste será su fundamento y no el art. 3.3 LET [Camps Ruíz, 2005; con cita de la STS (Contencioso-Administrativo) 26 de octubre de 1987].

Así pues, el principio de norma más favorable entre normas estatales sólo podrá jugar de forma absolutamente excepcional entre regulaciones legales y reglamentarias generales y normas reglamentarias sectoriales; esto es, entre aquellas disposiciones generales y las normas sectoriales excepcionales (reglamentos de necesidad *–disp. adic. 7ª LET–*) como subsidiarias respecto de los convenios colectivos y de sus procedimientos de extensión (Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008; aunque también en esta hipótesis se ha señalado que tampoco se plantearía realmente un problema de colisión de normas en cuanto se tratara de la mejora de una regulación legal de mínimos y en tanto que la propia ley prevé este supuesto supliendo a la autonomía colectiva, Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998).

Es un principio que pudiera tener más sentido en el ordenamiento preconstitucional, donde en el bloque normativo heterónimo-estatal establecía una jerarquía de normas (Ley, Reglamentos de ejecución y desarrollo, Ordenanza Laboral y posible Reglamento Interior), en el que cada nuevo estrato o regla añadida representaba una mejora a favor del trabajador (*vid.* Borrajo Dacruz, 2009). En el Derecho español del Trabajo «ya no es posible la norma administrativa de mejora; establecería condiciones de trabajo distintas a las establecidas por la Ley a des-

arrollar, con su consiguiente nulidad» (art. 3.2 *in fine* LET); el cambio del «suelo normativo legal» arruina el edificio jurídico reglamentario construido sobre sus preceptos (Borrajo Dacruz, 2009). El art. 3.2 LET cierra la posibilidad de dictar reglamentos ejecutivos o normativos de mejora material de los mínimos establecidos en la Ley laboral a desarrollar, respetando fielmente lo que la ley haya dispuesto sobre la misma. Esto «acentúa sin duda el ‘principio de legalidad’, pero ante todo impide la ‘gubernamentalización’ del sistema normativo regulador de las relaciones de trabajo propia de los sistemas totalitarios y autoritarios»; como también se vincula con el principio de autonomía colectiva, esto es, con la protección efectiva de los espacios normativos que han de gozar los grupos sociales existentes en el mundo del trabajo (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998).

En el caso de conflictos entre normas estatales y convenios colectivos, el carácter de las normas laborales y la actuación del principio de norma mínima no permite que realmente se pueda producir aquí una verdadera situación de conflicto o colisión normativa (las normas pactadas «deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario» *–art. 3.3 LET–*, de aplicación ineludible *–STS 25 de febrero de 1988–*; como también el contenido de los convenios colectivos debe producirse «dentro del respeto a las leyes» *–art. 85.1 LET–*). Por si fuera poco, resulta de difícil comparación «en su conjunto» una ley con un convenio colectivo. La prioridad de la ley sobre el convenio colectivo en materia de derecho necesario es un principio reiterado por la jurisprudencia [SsTS 9 de julio de 1991, 8 de junio de 1995, 25 de marzo de 1998]. Es la legislación *–según la estructura de sus mandatos–* la que determina que el convenio pueda suplementar sus contenidos (desarrollo del derecho necesario relativo), complementarlos (margen de colaboración internormativa) o para suplir la falta o el carácter dispositivo de la regulación. Como ha podido decirse, en nuestro ordenamiento

jurídico, «la relación entre normas estatales y normas pactadas no es una relación de conflicto sino de articulación... La norma estatal fija unos contenidos mínimos que pueden ser desarrollados, completados o mejorados por la autonomía colectiva, de tal forma, que articulada de esta manera la relación ley-convenio, no se plantea un problema de conflicto normativo, por lo que difícilmente podrá jugar en este ámbito el principio de norma más favorable» (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998).

En cuanto al reglamento y el convenio colectivo, téngase presente que los reglamentos laborales «de necesidad» solamente son posibles en defecto de convenio colectivo (disp. adic. 7ª LET), por lo que la colisión entre uno y otro tipo de norma queda cortada de raíz (cfr. la complicada relación de concurrencia entre reglamento y convenio colectivo, en un ámbito sectorial, en STS 24 de enero de 1992).

En el ámbito de las normas convencionales también actúa el principio de modernidad en la sucesión de convenios colectivos, estando igualmente consagrada la posibilidad de regulación *in peius* por el nuevo convenio (arts. 82.4 y 86.4 LET). Por otra parte, la regla general que rige las relaciones entre convenios es el *principio de no concurrencia* (art. 84.1 LET) aplicándose el *criterio de la prioridad temporal* [SsTS 19 de enero de 1992, 7 de abril de 1994 y 23 de octubre de 1995], y para el caso de que estemos ante un ámbito con negociación colectiva articulada, será el correspondiente acuerdo el que regule los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito (art. 83.2 LET). La jurisprudencia ha declarado que la concurrencia de convenios ha de resolverse, no acudiendo al art. 3.3 sino al 84 LET [STS 29 de enero de 1992]. En este ámbito, pues, el principio de norma más favorable ha de ser llamado por la propia voluntad convencional colectiva para tener efectividad [STS 18 de febrero de 1999; Mercader Uguina, 2002]. El art. 83.2 LET es un precepto especial y de preferente aplica-

ción frente al precepto genérico contenido en el art. 3.3 LET [STS 27 de octubre de 1999].

La debilitación del principio también ha venido inducida por el proceso de «dispositivización» –incremento relación de supletoriedad– de las normas heterónomas estatales (de cesión plena de la norma estatal a favor de la convencional), fruto de las opciones de política normativa de flexibilidad, frente a la más clásica relación de «suplementariedad» (derecho necesario relativo) propia de un Derecho del Trabajo más tuitivo. El principio de norma más favorable «en este nuevo modelo, difícilmente puede encontrar ámbito de aplicación puesto que no cabe conflicto de concurrencia entre normas estatales y convencionales ya que es la propia norma estatal, convertida en derecho dispositivo, la que al ceder en su eficacia a las convencionales determina la aplicación de éstas» (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998).

Los supuestos de conflicto entre normas concurrentes vigentes en el tiempo, es de muy rara y escasa aplicación práctica en el Ordenamiento laboral por lo que este principio legal de «norma más favorable» queda reducido a «una utilización meramente retórica» (Ramírez Martínez *et altri*, 2007). Dentro del ordenamiento laboral «difícilmente pueden producirse estas situaciones conflictivas y, si se producen, quedan resueltas por otros principios y reglas distintas del principio de norma más favorable, por lo que la aplicabilidad de este principio a situaciones de conflicto normativo prácticamente no encuentra espacio» (Vida Soria *et altri*, 2009). «Este principio de norma más favorable se aplica en nuestra legislación laboral con un carácter eminentemente residual, exclusivamente en aquellas ocasiones en las que no resulte se aplicación» otra serie de principios de aplicación prioritaria (Cruz Villalón, 2009). También se ha señalado que este principio, «acuñado por la jurisprudencia y acogido luego por la LRL para zanjar conflictos de aplicación en un complejo panorama normativo en el que concurrían leyes, convenios, ordenanzas y regla-

mentos de empresa, ha perdido hoy su originaria razón de ser»; sosteniéndose que más sencillo sería «reelaborar el principio (si es que se persiste en esta concepción de política jurídica pro operario, y no se opta por otro criterio como pudiera ser el de la preferencia de la norma posterior a la dotada de mayor especialidad) disponiendo que toda condición laboral contenida en una norma es mejorable por otra, cualesquiera que fuesen sus respectivos rangos, respetando siempre las reglas de derecho necesario» (Montoya Melgar *et altri*, 2001).

Por todos estos fenómenos, se ha dicho que el principio de norma más favorable ha sufrido un proceso de desvanecimiento y desuso en la práctica forense como regla de solución de los conflictos de concurrencia entre las fuentes jurídico-laborales, quedando relegado a aplicaciones en supuestos anecdóticos, y como consecuencia de la incorporación de nuevas técnicas normativas que los relegan como criterio aplicativo a un segundo plano, por resultar insuficiente para explicar en su integridad la pluralidad de situaciones de concurso normativo (*vid.* en detalle, Mercauder Uguina, 2002).

2.2.3. Principio de irrenunciabilidad (e indisponibilidad) de derechos del trabajador

El principio de irrenunciabilidad de derechos se ha considerado tradicionalmente una clara manifestación del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, dado que «sustraer del poder dispositivo del trabajador sus posibilidades renunciativas, haciendo así imposible que el beneficio legal pueda desaparecer del patrimonio del trabajador sin ninguna clase de compensación» (Ojeda Avilés, 1971). Consiste en declarar nulos los actos de renuncia de derechos del trabajador, por estimar materias de orden público los beneficios y garantías que con carácter de mínimos la ley –o el convenio colectivo– otorga a los trabaja-

dores. Es un refuerzo a la imperatividad –inderogabilidad– del Derecho del Trabajo, y una garantía esencial para el disfrute efectivo de los derechos laborales (Ramos Quintana, 2002). El principio de irrenunciabilidad trata «de asegurar la aplicación al contrato de trabajo de las disposiciones laborales imperativas y de los convenios colectivos, esto es, del sistema normativo» (Casas Baamonde, 2003).

Podría estimarse que el principio de irrenunciabilidad propio del Derecho del Trabajo constituya una derogación a la regla general del art. 6.2 C.c., pero, como ha sostenido la doctrina, encajaría en las excepciones a la libertad de renuncia, que –en los términos del precepto– «sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»; considerándose «que la limitación del interés público y del orden público que en el mismo se establece cubre los derechos laborales, por considerar que éstos se encuentran íntimamente relacionados con intereses sociales generales» (Bayón Chacón / Pérez Botija, 1977-1978), o que quedarían comprometidos –interés y orden públicos– en las renunciaciones de los derechos del trabajador (Montoya Melgar, 2009a).

La prohibición de la exclusión voluntaria de la ley aplicable pasa a ser la regla en el Derecho del Trabajo (Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008). En cualquier caso, el principio supone una «inversión de la solución jurídica tradicional: frente al principio de que puede renunciarse cualquier derecho, salvo excepciones, se acoge el principio de que ningún derecho laboral puede ser renunciado, salvo excepciones» (De la Villa, 1970). La renuncia inválida no puede ser evitada ni siquiera con apelación a la llamada doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprio*) que, para ser válidamente planteada, requiere que descansen sobre actos eficaces y ningún acto del trabajador que encierre renuncia puede tener legalmente el carácter de acto eficaz (Palomeque López / Álvarez de la Rosa, 2009).

La doctrina ha coincidido en considerar al principio de irrenunciabilidad como una excepción y límite al de autonomía de la voluntad cuyo fundamento social es la desigualdad de las partes. En fin el principio ha sido tradicionalmente concebido como «la protección de quien, por su situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente coaccionado y obligado a renunciar al ejercicio de un derecho muchas veces presunto y discutible, frente a una oferta que venga a remediar, con un valor numérico inferior, una necesidad de atención urgente, incluso en los casos en que no fuera posible probar debidamente el fraude a la ley ni la existencia de una ‘vis compulsiva’ suficiente para invalidar el acto de renuncia» (Bayón Chacón / Pérez Botija, 1977-1978). La finalidad es evitar renunciaciones hechas por el trabajador en su propio beneficio, presumiblemente «forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social» (De la Villa, 1970).

De entre las diferentes teorías que se han elaborado para abordar su fundamentación jurídica, la concepción más compartible será la de que se trata de una «defensa del orden público laboral frente a los embates del fraude» [es una visión que realza la conexión entre la defensa del derecho subjetivo y el derecho objetivo (Ihering, 2008)], que «será actuada en multitud de ocasiones contra la voluntad del empleado, del asalariado, porque lo que sustancialmente se mira no es a esa voluntad más o menos viciada, a veces absolutamente convencida de que lo más le conviene es justamente renunciar, sino a la incolumidad del ordenamiento sobre el trabajo, erosionada de una manera indirecta por la renuncia». El principio deja así de «ser una norma protectora de intereses particulares para llegar a ser un puntal que sostiene el orden público jurídico laboral, una importante y vital, que debe tenerse siempre presente y aplicarse con la frecuencia que sea precisa, olvidando las débiles alegaciones del vicio de la voluntad, susceptibles de tantas interpre-

taciones, limitaciones y matizaciones» (Ojeda Avilés, 1971).

Las normas legales y convencionales tienen carácter inderogable para la autonomía privada *ex art. 3.1 c) LET*, son normas imperativas –de derecho necesario– cuya adquisición por el trabajador se garantiza imponiéndose a la autonomía privada. Esta inderogabilidad «ha supuesto tradicionalmente al mismo tiempo una radical ‘indisponibilidad’ de los derechos reconocidos en aquellas normas legales y convencionales» (Vida Soria *et altri*, 2009). Los derechos que nacen del contrato individual sí que entran en el campo de la disponibilidad. La doctrina más autorizada conviene en negar el carácter de derechos irrenunciables a los adquiridos mediante pactos o concesiones de carácter individual (De la Villa, 1970).

Formalmente es un principio que se ha mantenido estable a través del tiempo, pero si se tienen en cuenta las consecuencias de la reordenación de espacios materiales de regulación propiciada por las reformas laborales flexibilizadoras, nos daremos cuenta que las materias que pueden negociarse por acuerdo individual han crecido notablemente. La reducción de los principios de tutela de la debilidad contractual del trabajador se identifica en la legislación de la flexibilidad, y con el retroceso del principio del *favor* (Ghera, 2000). En el Derecho del Trabajo «clásico» los espacios atribuidos a la autonomía individual eran muy reducidos (probablemente por innecesarios dada la «estandarización» de las clases trabajadoras en los modelos productivos fordistas), estando sometida a un sistema de límites para la tutela de la posición del trabajador. Pero todo esto ha cambiado. Hemos asistido a una revalorización de la autonomía individual no solamente en su función «genética» o constitutiva de la relación laboral, sino como instrumento de regulación de las condiciones del trabajo (función «reguladora»).

En estos crecientes espacios de disponibilidad y renuncia del trabajador, en la medida

que la autonomía individual ha cobrado fuerza fruto de las políticas jurídico-laborales de desregulación (que desmantelan mínimos de derecho necesario) y de cesión de materias a la autonomía individual, se haya también el retroceso del propio principio.

En su formulación actual, el principio se plantea literalmente en términos de «indisponibilidad» (el art. 3.5 reza que: «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos...»). Para la doctrina, la literalidad del precepto quiso superar una situación anterior claramente defectuosa (Vida Soria *et alii*, 2009). La LCT estableció la «irrenunciabilidad» como regla general, pero la utilización de este término tan preciso desde el punto de vista técnico-jurídico (como negocio jurídico unilateral abdicativo), permitía la inactuación de derechos por otras vías. De ahí que se considere que la formulación legal actual es más extensa, pues la expresión «indisponibilidad» es más amplia que la de «irrenunciabilidad». «Disponer» es expresión de mayor amplitud que «renunciar», pues envuelve también negocios jurídicos bilaterales, adicionales al unilateral de la renuncia abdicativa simple (Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008; Ramos Quintana, 2002).

En consecuencia, la prohibición también abarca actos bilaterales –conmutativos– de disponibilidad de un derecho «cierto» a cambio de algo que se ofrece al trabajador [en este sentido, STS 27 de abril de 1999]. Este es el sentido claro del art. 245 LPL que prohíbe «la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias firmes al trabajador».

La doctrina tradicionalmente ha considerado admisible la transacción, como figura diferenciada de la renuncia y que consiste en 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 habían comenzado» (art. 1809 C. c.). Mientras que la renuncia

estricta supone simplemente privarse de un derecho cierto, figuras como la transacción significan trocar un derecho litigioso o debatido en un beneficio concreto y cierto (Plá Rodríguez, 1998). Se trata de una figura que trata de resolver un litigio, latente o *in actu*, provocado por el hecho de que la pretensión que ostenta un individuo sobre otra persona, es discutida o controvertida por otro, creando una situación incierta («*res dubia*»). La incertidumbre que se exige en la transacción es la meramente subjetiva, existente en la representación mental que las partes de la relación se hacen sobre la defendibilidad de las propias pretensiones (Puig Brutau, 1988). Como puede comprobarse, se trata de una figura que se presta a maniobras empresariales de oposición al derecho reclamado, al objeto de conseguir –vía transacción– una aminoración del derecho pretendido (que podría ser legítimo en su integridad). Ciertamente, la incertidumbre debería afectar a ambas partes, no bastando simplemente que se discuta el derecho, cosa que no distinguiría realmente transacción y renuncia. Frente a ello se planteó doctrinalmente la nulidad de la *litis temeraria*, como cobertura para anular la transacción que tiene causa ilícita, que no tiene reconocimiento legal expreso y que es de dudosa interpretación, pues «juega en el terreno práctico a favor de la existencia de estas transacciones planteadas temerariamente, la *dificultad de demostración* de la certidumbre jurídica, única que se exige, del litigante temerario» (Ojeda Avilés, 1971). Es por ello que la doctrina se ha resignado a individualizar la transacción como la composición de la *litis* a través de recíprocas concesiones (bilateralidad y sinalagmaticidad en las contraprestaciones), que sería el elemento definitorio diferenciador con la renuncia (que sería un abandono de derechos sin contraprestación).

La confusión entre renuncia y transacción ha tratado de solventarse a través de la diferenciación entre derechos (ciertos) y pretensiones (incierto) (Santoro-Passarelli, 1986).

Así pues, la situación de litigio origina una incertidumbre sobre las recíprocas posiciones de las partes y torna los derechos indiscutidos en pretensiones. El problema es que esta concepción permite estrategias procesales de negación o discusión de derechos a la contraparte para abrir la posibilidad de transacción, o dicho de otro modo, plantea la necesidad de especiales garantías para que aparentes pactos de transacciones no encubran verdaderas renunciaciones.

Por otra parte, tampoco el principio abarca la dejación o no ejercicio del derecho no puede ser razonablemente prohibida o impedida por el legislador, pues ello equivaldría a forzar al trabajador a actuar su derecho. El no ejercicio definitivo del derecho no constituye ni siquiera «renuncia pasiva», pues falta el efecto típico de la inmediata pérdida o extinción del derecho como consecuencia de la manifestación, expresa o tácita, de la voluntad de renuncia. El derecho no puede proteger el no ejercicio, forzando a una actuación concreta en cambio sí limita activamente los actos de renuncia, incluso es posible que el sujeto realice un acto, expreso o tácito, de renuncia, y que posteriormente, por el mismo juego del principio, llegue a ejercitar válidamente el derecho inválidamente renunciado (De la Villa, 1970).

El art. 3.5 LET limita el ámbito de aplicación a los derechos reconocidos como «derecho necesario», por disposición legal o por convenio colectivo, quedando al margen las normas de «derecho dispositivo» [SsTS 22 de junio de 1990, 23 de diciembre de 1991, 21 de julio de 1992] o las de convenios que expresamente admitan esa disponibilidad. Interesa destacar la deficiente redacción de la norma al señalar que los derechos tienen que estar reconocidos como «derecho necesario» o «como indisponibles», lo que podría dar lugar a una interpretación literal de que la indisponibilidad del derecho deba ser reconocida expresamente por la norma creadora para que tenga vigencia el principio. Habrá que entender que la indisponibilidad se presume, salvo que se

deduzca otra cosa de la redacción legal o el convenio declare expresamente la disponibilidad del derecho (en este sentido, Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008: «...en cuanto al trabajador y su contrato, hay que partir de la regla general de que, en principio, las normas laborales en bloque son derecho necesario y están presididas, por tanto por el principio de indisponibilidad... salvo determinación expresa o implícita cierta en contrario»; Cruz Villalón, 2009).

Los impulsos flexibilizadores también han llevado a la admisión de pactos transaccionales en relación a derechos reconocidos en convenio colectivo (como desarrollo de mínimos). Tratándose de actos de disposición condicionada o compensada, se tiende progresivamente a aceptar cierta «prevalencia» de la autonomía individual frente a la colectiva. Así, en la doctrina del TS, si el convenio colectivo desarrolla mandatos legales de carácter mínimo, «en los supuestos de actos de disposición condicionada», atendiendo a las circunstancias individuales concurrentes, se entiende que «ha de prevalecer la autonomía individual frente a la colectiva» [STS 27 de abril de 1999]. Ello quiere decir que no cabe la renuncia simple pero, por encima de la literalidad del art. 3.1 c) LET, si los actos individuales —e «individualizados»— de disposición son condicionados y compensados, tiende a permitirse la comparación de condiciones para determinar su favorabilidad y permitir un mayor espacio de actuación a la autonomía de la voluntad individual [SsTS 27 de abril 1999, y 10 de abril y 11 de julio de 2001]. Doctrina jurisprudencial que encaja en una política del Derecho laboral flexible de signo neoliberal (la pregonada revitalización de la autonomía individual). La cuestión sería: ¿Es un retorno a la autonomía individual o un reforzamiento del poder directivo empresarial?

Bien es cierto que existe un consenso generalizado de que la autonomía individual no puede vaciar de contenido el convenio colectivo a través de la contratación o individualiza-

ción «en masa» (pactar por separado e individualmente con un «colectivo» de trabajadores una materia de manera diferente a lo establecido en el convenio colectivo). El convenio gozaría de una garantía constitucional encaminada a asegurar precisamente espacio vital como instrumento de regulación y su misma eficacia vinculante para todas las relaciones laborales individuales que entran dentro de su campo de aplicación [SsTC 105/1992, 208/1993]. Pero el equilibrio no es fácil en la práctica, como lo demuestra la litigiosidad en esta materia y los desencuentros entre la jurisprudencia del TS –más permisiva– y la doctrina del TC –más garantista del acuerdo colectivo– (Monereo Pérez / Moreno Vida, 1998). El TC ha afirmado la ilicitud de acudir a la contratación individual «en masa» como mecanismo de erosión de lo pactado en convenio colectivo, de modo que vía pactos individuales coetáneos de idéntico o similar contenido se establezcan condiciones de trabajo contrarias a las establecidas por convenio colectivo [SsTC 105/1992, 215/2001, 238/2005]. La regulación en convenio colectivo no es incompatible con una capacidad de incorporación de nuevas condiciones de trabajo fijadas vía pacto individual, siempre que las mismas no entren en colisión directa con lo pactado en convenio colectivo [STC 208/1993].

2.2.4. Principio de condición más beneficiosa

El principio de condición más beneficiosa constituye un principio aplicativo ineludible si se quiere mantener integrada la autonomía individual en el sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral (como contrato intensamente «normado»). El respeto de estas condiciones por la normativa más general es muestra del margen de maniobra *in mellius* que se permite a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Es un principio por el que lo pactado por las partes en la relación individual de trabajo en ejercicio de su

autonomía contractual o de la voluntad concesiva del empresario, en cuanto sea más favorable al trabajador e incorporada al nexo contractual, se impone a toda regulación general sobre cualesquiera condiciones de trabajo. La esencia del principio de condición más beneficiosa es «el mantenimiento de los beneficios adquiridos por el trabajador a título individual, tanto frente a intentos empresariales de modificar *in peius* lo acordado individualmente, como frente a cambios legislativos y convencionales de naturaleza regresiva...» (Díaz Aznarte, 2001).

Se le ha conectado con el principio de sucesión de normas (principio de modernidad por el que la norma posterior deroga a la anterior del mismo rango), pero lo cierto es que más propiamente se trata de una manifestación del juego de los derechos adquiridos a título individual en la relación laboral. La jurisprudencia ha resaltado tradicionalmente su conexión con los derechos adquiridos [cfr. STS 21 de febrero de 1994, 8 de julio de 1996]. Reténgase que el principio de modernidad rige la sucesión de normas, mientras que la condición más beneficiosa opera en el nivel contractual de regulación de las condiciones de trabajo. Como señala el TS: «La norma posterior de igual o superior rango prevalece sobre la anterior (art. 2.2 C.c.), sin perjuicio del respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual» [STS 9 de julio de 1991].

El principio de respeto a las condiciones más beneficiosas –de predominante elaboración jurisprudencial– se configura así sólo respecto de las de origen contractual en base al art. 3.1 c) LET (con los requisitos de que dichas condiciones nazcan del contrato y que no sean ilícitas ni menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos) [STS 9 de abril de 2001]. La situación creada se reconduce siempre al origen contractual, puesto que su exigibilidad se reconoce por su incorporación al vínculo contractual (Díaz Aznarte, 2001). Así pues, el primer elemento a tener presente en relación

a este principio es que la virtualidad del mismo se ha circunscrito a los derechos emanados de la autonomía individual [STS 12 de mayo de 2008]. Se ha consolidado en la doctrina la consideración de que las condiciones más beneficiosas sólo se adquieren por vía contractual (autonomía individual: acuerdo entre las partes, decisión unilateral del empresario, de efecto individual o colectivo), pero no cuando procedan de un «orden normativo» (norma estatal o convencional). En la jurisprudencia se sostiene claramente que la condición más beneficiosa no puede nacer del convenio colectivo [STS 22 de diciembre de 2005], ya que el convenio posterior puede sustituir íntegramente al anterior, aunque también pueden establecer cláusulas de garantía *ad personam*, esto es, solamente aplicables a quienes ya disfrutaban de esas condiciones con anterioridad al cambio convencional [STS 2 de diciembre de 1998], y siempre que las mismas no incurran en discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico.

Pero lo cierto es que las condiciones más beneficiosas pueden tener naturaleza individual y colectiva, esto es, pueden tener si no un origen, un alcance originario colectivo. El título de reconocimiento empresarial de la misma lo puede ser a título colectivo, pero una vez incorporada al contrato su naturaleza es siempre personal [SsTS 30 de diciembre de 1998, 9 de abril de 2001]. En este caso se asemejan a un acuerdo colectivo tácito, o a una especie de condiciones generales de contratación en la empresa [STS 8 de marzo de 1984, 30 de diciembre de 1998]. En este caso, el problema que se plantea es cómo conjugar la dinámica del carácter colectivo de la concesión –su otorgamiento a un grupo genérico e indiferenciado de trabajadores– con un derecho que –en teoría– pasa a integrar el acervo de derechos adquiridos del trabajador.

Ello significa que tal condición más beneficiosa incorporada al nexo contractual tendrá como límites los que se desprendan del propio acto de su concesión en el contrato sin que pueda ser modificada o suprimida por la sola

voluntad de uno de los contratantes o del que la concedió [SsTS 11 de marzo de 1998, 27 de mayo de 1998, 19 de marzo de 2002, 9 de octubre y 28 de noviembre de 2003], sino solamente mediante acuerdo novatorio de las partes, o bien a través de las posibilidades del art. 41 LET o de la compensación y absorción de beneficios.

Conforme a la redacción actual del art. 41 LET, la modificación sustancial de las condiciones más beneficiosas de carácter individual queda sometida únicamente a la decisión unilateral del empresario sin más limitaciones que la exigencia de «probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción», cuyo control será siempre judicial *a posteriori*. Cuando se trata de condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, se introduce un procedimiento consistente en un período preceptivo de consultas con los representantes de los trabajadores, donde el empresario deberá negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, que no se impone (deber de negociar que no de convenir). La regulación del art. 41 LET tiene como consecuencia «reforzar las facultades empresariales de organización, de preconocer el poder de disposición colectiva sobre las condiciones individuales más beneficiosas de alcance plural» (Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008).

Asimismo, el principio queda atemperado por la técnica de la «absorción y compensación», según la cual las mejoras de origen normativo (legales o convencionales) no se adicionan a las condiciones más beneficiosas a título individual, sino que, por el contrario, estas condiciones –salvo pacto en contrario– van siendo absorbidas por las elevaciones de carácter general, esto es, quedan neutralizadas o compensadas por aquéllas. De esta manera, el empresario «queda liberado de una acumulación progresiva de condiciones más beneficiosas y se produce un control individualizado por parte del empresario» de

tales condiciones (Vida Soria *et altri*, 2009), pues la técnica no es de obligada aplicación. La compensación y absorción de condiciones salariales se contempla expresamente en el art. 26.5 LET, con la finalidad de evitar la superposición o acumulación sobre la condición más beneficiosa, de las incrementos salariales operados por el marco heterónimo o convencional de aplicación. Y debe tenerse en cuenta que esta regla se aplica de oficio por los órganos judiciales, de manera que no se exige siquiera su invocación expresa de excepción por las partes que sustancian el proceso [STS 28 de febrero de 2000]. Los convenios colectivos también pueden establecer el derecho del empresario a compensar o absorber condiciones anteriores, siempre que guarden relación real entre sí los elementos absorbibles [y que no sea una cuestión meramente nominalista, STS 26 de marzo de 2002].

Otro retroceso del principio de condición más beneficiosa ha venido de la mano de la jurisprudencia. La doctrina jurisprudencial consideró condiciones más beneficiosas a las denominadas «mejoras voluntarias», esto es, condiciones laborales cuyo origen residía inicialmente en una concesión unilateral y voluntaria del empresario que, por vía de reiteración en el tiempo, se entendían que se incorporaba al contrato de trabajo, adquiriendo naturaleza contractual y convirtiéndose en obligatorias para el empresario («derechos adquiridos» para el trabajador). La voluntariedad de tales condiciones más beneficiosas venía referida a su concesión (instauración y origen), pero una vez establecidas tenían carácter obligatorio, y eran exigibles en los términos del régimen que la empresa otorgante hubiera establecido para ellas. Es en la apreciación de su efectiva concesión donde han residido sus conflictos aplicativos. Y aquí la jurisprudencia ha tenido un papel decisivo, pues tradicionalmente sostenía que el mero transcurso del tiempo acreditaba la voluntad del empresario de conceder la condición y, sin embargo, la tendencia jurisper-

dencial actual viene exigiendo que se demuestre la voluntad expresa del empresario de comprometerse. Se trata de la exigencia de probar la voluntad empresarial cierta de conceder el beneficio, sin que tampoco sea suficiente la mera tolerancia empresarial (en cuanto simple «dejación de derechos») [SsTS 20 de enero de 1993, 25 de enero de 1995, 18 de enero de 1996, 30 de marzo de 1999]. Se trata, en la mayoría de las ocasiones —especialmente si no hay constancia escrita de la concesión— de una prueba difícil (la «voluntad inequívoca de su concesión»). Para reconocer que no se trata de una mera liberalidad empresarial (plenamente disponible para el empleador), la condición más beneficiosa configura un derecho adquirido cuanto tenga carácter de «habitualidad, regularidad [y] persistencia... indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio», lo que impediría su modificabilidad unilateral por el empresario [SsTS 27 de mayo de 1998, 30 de diciembre de 1998]. Puede resultar muy complejo —en una perspectiva subjetiva— la prueba de la «voluntad inequívoca empresarial» de introducir un beneficio que incremente lo establecido en ley o en convenio, que viene exigiendo la jurisprudencia [SsTS 17 de septiembre de 2004, 24 de septiembre de 2004, 24 de noviembre de 2005, 13 de marzo de 2006, 21 de noviembre de 2006, 24 de junio de 2008].

La doctrina judicial ha operado un reforzamiento de la discrecionalidad empresarial en la concesión, modificación o retirada de tales mejoras (potestad «premio»), pues el elemento subjetivo —la intencionalidad— es de muy difícil prueba. Frente a ello, cierto sector doctrinal sostenía también un criterio diferente a esta orientación, al considerarse que cualquier conducta reiterada en el desarrollo del contrato generará una condición más beneficiosa bien por el silencio significativo en que se mantiene la otra parte, bien por que la apariencia habrá de ser considerada como declaración negocial por *facta concludentia*, esto es, se genera una presunción de existen-

cia de una condición más beneficiosa que debería destruir el interesado (Sala Franco / Goerlich Peset, 1989). En esta misma dirección, la doctrina ha señalado que la «prolongación de la situación acompañada de su establecimiento y práctica efectiva, sin protesta en contrario, es fuerte indicio a favor de la concurrencia de la «voluntad consciente» (o «voluntad reflexiva y meditada») de obligarse, aunque sea implícita, del empresario y de que nos hallamos, en efecto, ante una condición más beneficiosa o derecho adquirido, incorporado al vínculo contractual» (Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008).

Por otra parte, la última jurisprudencia considera que no se generan condiciones más beneficiosas a través de convenios colectivos extraestatutarios, a pesar de haber reconocido la eficacia contractual de éstos [cfr. por todas, SsTS 11 de julio 2007, 12 de diciembre de 2008, 23 de diciembre de 2008, 25 de febrero de 2009 y 20 de marzo de 2009]. Doctrina que conlleva un mayor margen de maniobra empresarial sobre las condiciones reconocidas sobre estos «contratos» colectivos de indudable «función normativa» (Kahn-Freund, 1987), y que debilita la posición contractual de los trabajadores al cercenarse una vía de creación de condiciones más beneficiosas. La incongruencia en este punto es que los acuerdos y pactos colectivos no estatutarios tendrían naturaleza contractual, por lo que sus cláusulas deberían incorporarse al contrato individual de trabajo como condiciones más beneficiosas. En su nuevo razonamiento, el TS se basa en un doble orden de consideraciones: en primer lugar, tratándose de cuestiones como la clasificación profesional, que considera materia de eficacia general, mantiene la «doctrina de la *naturaleza contractual y vigencia limitada*» de los convenios extraestatutarios, de modo que expirada la vigencia del mismo, quedaría sin efecto la regulación general en esa materia; en segundo término, considera que no cabe entender que de un convenio extraestatutario nazca una condición más beneficiosa, ya que un pacto de tal

naturaleza tiene una duración temporal limitada, sin que exista razón alguna para mantenerlo después de haber expirado, pues su aplicación durante el período de vigencia no es indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables [SsTS 11 de mayo de 2009, 16 de junio de 2009].

2.2.5. *El principio pro operario* (en su vertiente interpretativa de las normas laborales)

El principio *pro operario* ha tenido genéricamente dos utilidades conceptuales, o una doble dimensión jurídica. Por un lado, se le ha considerado la fundamentación político-jurídica del Derecho del Trabajo (también conocido como el *favor laboratoris*). El análisis de esta vertiente excede los límites de este trabajo, y simplemente indicaremos que puede ser una idea aceptable en el marco de un ordenamiento igualador y compensador como es el laboral, pero también es cierto que el Ordenamiento laboral atiende derechos e intereses empresariales, de manera que puede aceptarse el principio tutelar como fundamento del Derecho del Trabajo, pero siempre contrabalanceado con el principio pro empresa, que viene ejerciendo cada vez más influjo en la acción legislativa.

En su otra dimensión, en cuanto a la actividad aplicativa del Derecho del Trabajo, el principio *in dubio pro operario* se ha considerado por la doctrina clásica (Bayón Chacón / Pérez Botija, 1977-1978) como una manifestación del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo (una prolongación del principio del *favor laboratoris* al plano de la interpretación jurídica), eso sí, en la vertiente interpretativa, «con el deseo de amparar al débil en cuantas ocasiones no se vaya contra la ley de forma clara y rotunda»; señalando que cuando la desigualdad era rotunda y notoria, cuando la legislación de trabajo era escasa o imperfecta,

ese principio interpretativo fue casi un procedimiento de creación de normas; el juez se convirtió en un adelantado mayor del Derecho del Trabajo. Se combatió la desigualdad de hecho con una desigualdad jurídica de signo contrario. Pero ya estos autores clásicos se adhieren a su crítica cuando lo consideran «impropio de una disciplina que ha superado ya su momento inicial, se afirma su incompatibilidad con la imparcialidad del verdadero juez de trabajo, se exige que exista un caso de verdadera duda sobre el alcance del precepto jurídico aplicable, se considera contrario a la igualdad que garantizan las Constituciones...». En este sentido, otros autores como Alonso García (1971), no sin ciertos excesos –pues parte de la presunta consolidación de una dogmática propia como de una exhaustiva ordenación de las «situaciones posibles» (la conocida «falacia de la complitud»)–, considera que la «fuerza y sentido han decrecido notablemente en los tiempos modernos, cuando ya el Derecho Laboral es rama jurídica con sus conceptos plenamente elaborados y con un conjunto normativo regulador de las distintas situaciones posibles dentro del mundo del Derecho». Tales autores se manifiestan con rotundidad contra tal principio al sostener que la misión tuitiva ha de ser desarrollada por el legislador, pero «la misión del juez no puede estar enturbiada por una inclinación previa hacia una de las partes», o cuando consideran que «... ese espíritu tuitivo pudiera ser superado por otro de atribución de derechos, o mejor de reconocimiento de los mismos a los trabajadores. No es recomendable que el juez sea blando, sino que el legislador sea justo» (Bayón Chacón / Pérez Botija, 1977-1978). El mismo Bayón Chacón (1959), en pleno período corporativo, ya había afirmado que el momento de lo «tuitivo» había pasado ya para el Derecho del Trabajo, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Lo cierto es que el principio –que nunca ha tenido un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento, de manera que puede caracterizarse más como una ideología– se aplicó por

el Tribunal Supremo durante numerosas décadas del siglo XX, bien que en ocasiones adornado de retórica religiosa («caridad cristiana») [SsTS 30 de enero de 1927, 7 de abril de 1926], o del paternalismo propio de un Estado totalitario («la función tutelar del Estado hacia el más débil económicamente»; «... la protección de los intereses de los productores, en su calidad de parte más económicamente débil en la relación, reviste una acusada y reiteradamente consagrada inclinación a favor de dicho elemento, extendiendo, prolongando o de otro modo mejorando, incluso interpretativamente, lo que correspondería a aquéllos con estricta sujeción al principio de paridad absoluta de prestaciones») [SsTS 11 de diciembre de 1961, 17 de marzo de 1962]. El rastreo de esta jurisprudencia es un excelente modo de comprobar la filtración de las ideologías religiosas y políticas en la actividad interpretativa del jurista (y, por ende, en la propia construcción dogmática de nuestra disciplina).

A falta de positivación, se consideró como «una manifestación deducida de la tónica y el sentido general de las normas laborales, a las cuales informa y orienta»; descansando su existencia «en un conjunto de beneficios concretos –y dispersos– que es dable encontrar a lo largo de las diferentes normas laborales, y que suponen, en todo caso, una expresión concreta del sentido protector de las normas laborales; pero sin que medie una afirmación normativa y clara del mismo» (Alonso García, 1971).

La aplicación de este principio interpretativo, exigiría la existencia de una *res dubia*, de al menos una dualidad de interpretaciones posibles de la norma, una «duda en el ánimo del juzgador» [STS 29 de septiembre de 1969, 6 de noviembre de 1986, 20 de octubre de 1988, 21 de noviembre de 1995]. Por tanto, no puede actuar como un mero criterio de desvirtuación (o interpretación «correctora») de lo establecido en la norma aplicable (esto es, no puede convertirse en un método contrario a la voluntad del legislador o que reemplace

al mismo), ni tampoco sería aplicable en los casos en que el sentido de la norma pueda detectarse con arreglo a los principios generales de interpretación. La regla *in claris* actuaría como límite infranqueable al empleo del principio *pro operario*. Se aplicaría únicamente existiendo duda –varias interpretaciones posibles– y siendo posible esa interpretación favorable al trabajador porque la propia norma la permita. Esto es, «exigiendo virtualmente la correspondencia del principio con el propósito tutelar de aquélla, que si no expreso en el sentido propio de sus palabras, habría de deducirse al menos de su espíritu y finalidad, con lo que el elemento dubitativo en la interpretación se atenúa y se sustituye por su contrario, la certeza: el juego del principio *pro operario* exigiría de la indagación previa acerca del designio tutelar de la ley laboral, realidad que ceñiría su aplicación» (Casas Baamonde, 2003).

Se excluyen de su ámbito aplicativo las dudas que recaen sobre los hechos y las reglas de la carga de la prueba [SsTS 31 de octubre de 1981, 3 de junio y 11 de octubre de 1983, 18 de octubre de 1985, 1 de octubre de 1987 y 20 de enero y 31 de mayo de 1988, 10 de noviembre de 1989], pues dicha actuación vendría prohibida por el principio constitucional de igualdad de las partes en el proceso (art. 24 CE) (Casas Baamonde, 2003). En los procesos disciplinarios lo que jugaría es el principio general de presunción de inocencia propio del derecho sancionador, pero no el principio *pro operario* (ex art. 24 CE). La interpretación *pro operario* se limita a la norma, pero no alcanza a la apreciación de los hechos, de modo que no se espera que ante una situación fáctica indefinida el juez opere siempre con una presunción de conducta regular en el trabajador y alevosa en la empresa (Borrajo Dacruz, 2009).

La jurisprudencia y la doctrina más actuales han ido haciendo retroceder la aplicación de este principio, limitando su campo a la interpretación de las normas estatales imperativas tutelares del trabajador. Parte de la

doctrina considera que no es de aplicación a la interpretación de los contratos y de los convenios colectivos, para los que habría de estarse a los arts. 1281-1289 C.c. y a la mayor reciprocidad de los intereses de los contratantes (Desdentado Bonete, 2003; Casas Baamonde, 2003; Alonso Olea / Casas Baamonde, 2008). Aunque repárese que las técnicas de protección del contratante débil en la contratación en masa –en su vertiente interpretativa– también podrían ser de extensión aplicativa al contrato de trabajo.

En la actualidad el principio *pro operario* podría tener una relectura y considerarse una manifestación del principio de protección del contratante más débil, que se aplica en todos los subsistemas relativos a la contratación «en masa» (consumidores, asegurados). No necesariamente desplazaría, sino que complementa los criterios interpretativos generales del art. 3.1 C.c., que podrían tener una lectura orientada a la realización de los derechos y principios constitucionales (Vida Soria *et alri*, 2009).

Autores como Palomeque López / Álvarez de la Rosa (2009) lo han reafirmado como principio interpretativo que emana del propio sistema normativo del Derecho del Trabajo y que cumple la función de protección del trabajador asalariado –ex arts. 1.1 y 9.2 CE–, de lo que se desprende la posición favorable a propiciar el pleno y efectivo disfrute de los derechos de los trabajadores (Alarcón Caracuel, 1990).

Aunque esta renovada fundamentación sea muy aceptable, lo cierto es que entra en una dialéctica con otros principios –como el de rendimiento y protección de la productividad– que también tienen cierto reconocimiento constitucional. Aquí reside su paradoja aplicativa, se reconduce a una compleja ponderación de valores e intereses en juego, pues de lo contrario puede producir a una indeseable inseguridad y ambigüedad en la aplicación del Derecho del Trabajo.

En la actualidad, voces autorizadas han sostenido la inexistencia de dicho principio en el Ordenamiento laboral como tal, y lo relacionan con el criterio interpretativo teleológico –*ex art. 3.1 C.c.*– en la interpretación de normas laborales estatales de contenido tuitivo. En esta dirección, se ha señalado que es admisible «si la finalidad de la norma es proteger al trabajador» y entonces no es necesario ni siquiera recurrir al principio; mientras que «si la norma no tiene esa finalidad, no procederá aplicar el principio *in dubio pro operario*, porque al recurrir a él se vulneraría la regla del art. 3.1 C.c. y el propio sentido común» (Desdentado Bonete, 2003; quien señala que el principio no tendría autonomía más allá de las normas con vocación tuitiva, y sin que sea posible aceptar una autonomía del juez en este sentido –limitado por la ordenación legal de la interpretación–, a quien el principio no puede otorgar funciones ni tampoco que comprometer su imparcialidad). En esta dirección, se ha señalado que las reformas laborales obligan a meditar sobre la permanencia de dicha postura interpretativa y aplicativa tradicionales, pues al partir del principio *pro empresa* (o de rendimiento) en muchas de las reglas e instituciones jurídico-laborales, invitan al operador jurídico a buscar la metodología que favorezca la efectividad real de los objetivos económico-sociales. De esta manera, «al igual que el principio *pro operario*, el principio de rendimiento como solidaridad de trabajadores activos y pasivos, de colocados con parados, etc. inspira la nueva legislación y coadyuva a una interpretación acorde a sus exigencias de las viejas y de las nuevas normas laborales. La ambigua reforma laboral de 1984-1994 deja a los *Tribunales en una posición ambivalente y altera la cultura judicial tradicional*» (Borrajo Dacruz, 2009).

En cualquier caso, es constatable la inexistencia de una política sistemática de la jurisprudencia en la aplicación de este presunto principio interpretativo. Parece haberse impuesto un «entendimiento más depurado de la función judicial en este sector del orde-

namiento, ‘normalizada’ o acomodada a la desempeñada en el ordenamiento jurídico común y regida por los mismos criterios, salvo el carácter inequívocamente tutelar del trabajador de la norma que se debe aplicar e interpretar» (Casas Baamonde, 2003). Seguramente, el principio *pro operario* –surgido con el nacimiento de un Derecho obrero destinado a la protección de trabajadores manuales de ínfima condición económica– tiene «menos campo de acción en una situación en la que la defensa de los intereses de los trabajadores es cada vez más un problema de ‘autotutela’, y cada vez menos una cuestión de favor o filantropía hermenéutica, que es lo que hay en la raíz del principio *pro operario*» (Montoya Melgar, 2009a).

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *El sistema de fuentes de la relación laboral. Estudios ofrecidos al Profesor Martín Valverde por el Área de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo*, Universidad de Oviedo, 2007.
- *En torno a los principios del Derecho del Trabajo. Homenaje al Dr. Américo Plá Rodríguez*, M. Pasco Cosmópolis (coord.), Porrá, México, 2005.
 - *Los principios del Derecho del Trabajo*, De la Villa, L. E., López Cumbre, L. (dirs.), CEF, Madrid, 2003.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La aplicación del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 100, 2000.
- «La vigencia del principio *pro operario*», en AA.VV., *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, MTSS, Madrid, 1990.
- ALONSO GARCÍA, M.: «Interpretación de las normas laborales», *NEJ Seix*, t. XIII, 1968.
- *Curso de Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1971.
- ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Civitas, Madrid, 2008.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18 ed., 2002.

- ALONSO OLEA, M.: «Derechos irrenunciables y principio de congruencia», *ADC*, abril-junio, 1962.
- *Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores*, IES, Madrid, 1981.
 - *La aplicación del Derecho del Trabajo*, MT, Madrid, 1970.
 - *Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982.
- BALLESTER LAGUNA, F.: *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001.
- BALLESTER PASTOR, I.: «La aplicación del Derecho del Trabajo», en García Ninet, J. I. (dir.), *Derecho del Trabajo*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- BARBAGELATA, H. H.: «Los principios de Derecho del Trabajo de segunda generación», *IUSLabor*, 1/2008.
- BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.ª A.: *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- BAYLOS GRAU, A.: *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Trotta, Madrid, 1991.
- BAYÓN CHACÓN, G., PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 11ª ed., 2 vols., Marcial Pons, Madrid, 1977-1978.
- BAYÓN CHACÓN, G.: «La seguridad jurídica y el Derecho del Trabajo», en AA.VV., *Homenaje a Pérez Serrano*, t. II, Madrid, 1959.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Bosch, Barcelona, 2001.
- BENDIX, L.: *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters*, Luchterhand, Berlin, 1968.
- BETTI, E.: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, Madrid, 1995.
- BOBBIO, N.: *Contribución a la Teoría del Derecho*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980.
- *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1993.
- BOCQUILLON, F.: «Que rest-t-il du ‘principe de faveur’?», *DS*, núm. 1, 2003.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Indisponibilidad de derechos pactados y condición más beneficiosa», *AL*, núm. 53, 1985.
- «Los supuestos ideológicos del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 57, 1960.
 - «Mejoras salariales voluntarias y cesta de Navidad», *AL*, núm. 19, 1994.
 - «Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo», Prólogo a Santoro Passarelli, F., *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963.
 - *Introducción al Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- CABEZA PEREIRO, J., FERNÁNDEZ PROL, F.: «Principios de aplicación de las normas laborales», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.
- CABRERA BAZÁN, J.: «Método jurídico y función del jurista», en AA.VV., *Ideologías Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Universidad de Sevilla, 1977.
- CAMERLYNCK, G. H., LYON-CAEN, G.: *Derecho del Trabajo*, Aguilar, Madrid, 1974.
- CAMERLYNCK, G. H.: «Le contrat du travail», en G. H. Camerlink (dir.), *Traité de Droit du Travail*, t. I, Dalloz, París, 1968.
- CAMPS RUÍZ, L. M.: «La condición más beneficiosa», en AA.VV., *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- «Las fuentes del Derecho del Trabajo (III)», en Albiol Montesinos, I., Camps Ruíz, L. M., López Gandía, J., Sala Franco, T., *Derecho del Trabajo*, Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
 - *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho español del Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.
- CARDOZO, B. N.: *The nature of the judicial process*, Yale University Press, New Haven-London, 1921.
- CARNELUTTI, F.: *Introduzione allo studio del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1943.

- *Teoría general del Derecho. Metodología del Derecho*, con estudio preliminar, «La teoría del Derecho del Francesco Carnelutti», a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2003.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «La individualización de las relaciones laborales», *RL*, 1991 (II).
- «La trascendencia constitucional de los principios de ordenación de las fuentes jurídico-laborales», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- CESSARI, A.: *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milán, 1966.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1994.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Introducción de Luis Díez-Picazo, Ed. Civitas, 1984.
- DE LA VILLA GIL, L. E.: «El papel de la ley en el sistema de relaciones laborales», *RMTAS*, núm. 3, 1997.
- «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales», *RPS*, núm. 85, 1970.
- «La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y social contemporánea», *RT*, núm. 76, 1984.
- *La formación histórica del Derecho español del Trabajo*, Comares, Granada, 2003.
- DE LUCA TAMAJO, R.: *La norma inderogabile nel Diritto del lavoro*, Jovene, Nápoles, 1976.
- DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona 1999.
- DEL PESO Y CALVO, C.: «La jurisprudencia como fuente del Derecho del Trabajo», *RPS*, núm. 63, 1964.
- «La seguridad jurídica en lo laboral: fuentes de este Derecho; jerarquía, prelación y aplicabilidad», *RFDUM*, núm. 20.
- DELL'OLIO, M.: «Il diritto del lavoro e le sue fonti», *GDLRI*, núm. 96, 2002.
- DESDENTADO BONETE, A.: «¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?», *RL*, 2003 (I).
- DEVEALI, M. L.: *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Editora Argentina, Buenos Aires, 1953.
- DEWEY, J.: «*Logical Method and Law*», en Fisher III, W. et alri, *American Legal Realism*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1993.
- DÍAZ AZNARTE, M. T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico-laboral*, Bosch, Barcelona, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «La interpretación de la ley», *ADC*, 1970.
- *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993.
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Ed. Comares, Granada, 2001.
- *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Comares, Granada, 2004.
- *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Carl Winter, Heidelberg, 1960.
- ESSER, J.: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Autonomía individual y retribución: del 'igualitarismo' a la 'diferenciación'», en AA.VV., *Elementos doutrinários do novo Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães*, Nossa Livraria, Recife, 2004.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Condición más beneficiosa: absorción y compensación», *RL*, núm. 4, 1992.
- FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- GALIANA MORENO, J.: «La readaptación judicial del Derecho del Trabajo (el sentido de la equidad y la jurisprudencia)», *REDT*, núm. 3, 1980.
- «Reflexiones sobre el carácter transaccional del Derecho del Trabajo», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.
- GALLART Y FOLCH, A.: *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y españolas*, «Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en

- la Ciencia del Derecho*», por J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, 2000.
- *Derecho español del trabajo*, prólogo Pedro Sangro y Ros de Olano, Ed.Labor, Barcelona, 1936.
- GÁRATE CASTRO, J.: «El principio 'in dubio pro operario'. Notas jurisprudenciales para su estudio», *RPS*, núm. 135, 1982.
- GARCÍA BLASCO, J.: *Aplicación del derecho del trabajo y nuevo proceso de oficio*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- GARCÍA MURCIA, J.: *La reglamentación sectorial del trabajo: de la intervención pública a la autonomía colectiva*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- GARCÍA NINET, J. I. (Dir.): *Derecho del Trabajo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, MTSS, Madrid, 1987.
- GARCIA VIÑA, J.: *El Principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*, Tesis Doctoral, dirigida por José Ignacio García Ninet, Universitat de Barcelona. Facultat de Dret. Departament de Dret Mercantil, Dret del Treball i de la Seguretat Social, 2000
- GAVAZZI, G.: *Elementi di Teoria del Diritto*, Giappichelli, Turín, 1984.
- GÉNY, F.: *Método de interpretación y fuentes en Derecho Positivo Privado*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez: «El pensamiento científico jurídico de Gény», Comares, Granada, 2000.
- GURVITCH, G.: *La idea del derecho social. Noción y sistema del derecho social. Historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX*, edición, traducción y estudio preliminar. La «idea del derecho social» en la teoría general de los derechos, el pensamiento de Gurvitch» de J. L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Ed. Comares, Granada, 2005.
- *Elementos de sociología jurídica*, edición y estudio preliminar sobre «Pluralismo jurídico y derecho social: la sociología del derecho de Gurvitch» a cargo de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2001.
- GHERA, E.: *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2000.
- HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- HECK, PH.: *El problema de la creación del Derecho, versión castellana de Manuel Entenza*, prólogo de José Puig Brutau, Ed. Comares, 1999.
- HINOJOSA FERRER, J.: *El Contrato de trabajo: comentarios a la Ley de 21 de noviembre de 1931*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.
- HUECK, A., NIPPERDEY, H. C.: *Compendio del Derecho del Trabajo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
- IHERING, R. von.: *El fin en el Derecho*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez: «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho», Comares, Granada, 2000.
- *La lucha por el derecho*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez: «Ihering y la lucha por el derecho», Comares, Granada, 2008.
- IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992.
- ISAY, H.: *Rechtsnorm und Entscheidung*, Vahlen, Berlín, 1929.
- JAVILLIER, J. C.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, IELSS, 1982.
- JEAMMAUD, A.: «Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente», *DS*, núm. 2, 1999.
- «Les principes dans le droit français du travail», *DS*, 1982.
 - «Propuestas para una comprensión materialista del Derecho del Trabajo», *Anales de la Cátedra F. Suárez*, núm. 22, 1982.
- KAHN-FREUND, O.: *Trabajo y derecho*, MTSS, Madrid, 1987.
- KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra; edición y estudio preliminar, «Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen» a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, 2002.
- KIRCHHEIMER, O.: *Justicia política*, estudio preliminar sobre «Estado y democracia en Otto Kirchheimer», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, 2001.
- KROTOSCHIN, E.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1947.

- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LLEWELLYN, K.: «Law and the Modern Mind», *Columbia Law Review*, núm. 31, 1931.
- LYON-CAEN, G.: «Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail (première approche)», *RTDC*, núm. 2, 1974.
- MANGARELLI, C.: «El problema de las lagunas en las normas laborales; la aplicación de los principios generales del derecho del trabajo; justicia social, equidad, buena fe», *Derecho Laboral*, núm. 131, 1983.
- MARÍA E IZQUIERDO, M. J.: «Contexto doctrinal de las primeras cátedras de Derecho del Trabajo en España», *Cuadernos del Instituto Antonio de Lebrija*, núm. 7, 2004.
- MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J. (dir. y coord.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2009.
- MARTÍN VALVERDE, A.: «Concurrencia y articulación de normas laborales», *RPS*, núm. 119, 1978.
- «Jerarquía de las fuentes del Derecho del Trabajo», *EJB Seix*, t. III, 1995.
 - «Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos», *REDT*, núm. 114, 2002.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X. M.: *Derecho del Trabajo*, 2ª ed., Netbiblo, 2006.
- MENGER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, «Reformismo social y socialismo jurídico», Comares, Granada, 1998.
- MERCADER UGUINA, J. R.: «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable», *REDT*, núm. 109, 2002.
- *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, Madrid, 1994.
 - *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MOLERO MANGLANO, C., VILLALBA SALVADOR, B.: «La interpretación de las normas laborales», *REDT*, núms. 44-45, 1990-1991.
- MOLERO MANGLANO, C.: *La supletoriedad del Derecho común en el Derecho del Trabajo*, CEPC, Madrid, 1975.
- MOLERO MANGLANO, C. y otros: *Manual de Derecho del Trabajo*, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N.: «Comentario al art. 3 LET», en AA.VV., J. L. Monereo Pérez (dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: «La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo», en *REDT*, núm. 96 (1999b).
- «Conocimiento y crítica del derecho: por una teoría comprensiva y explicativa del Derecho», *RDS*, núm. 37, 2007.
 - *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996a.
 - *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996b.
 - *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996c.
 - «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social», en *Rev. Relaciones Laborales*, núm. 15-16 (2001)
 - «Nuevas tendencias del Derecho del Trabajo postconstitucional: el modelo de Constitución flexible del trabajo», en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.
 - *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Trotta, Madrid, 1999a.
 - *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
 - *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Ed. Comares, 2007.
- MONTALVO CORREA, J.: «Nuevas perspectivas de la jurisprudencia y su significación para el Derecho del Trabajo», *DL*, núm. 13, 1984.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V., RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, 4ª ed., Aranzadi, Elcano, 2000.

- MONTOYA MELGAR, A.: «La evolución del pensamiento jurídico-laboral en España», en AA.VV., *Evolución del pensamiento iuslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, FCU, Montevideo, 1997.
- «La interpretación del convenio colectivo (Apuntes de Derecho comparado)», *RMTAS*, núm. 68, 2007.
 - «Sobre el Derecho del Trabajo y su ciencia», *REDT*, núm. 58, 1993.
 - *Derecho del Trabajo*, 30ª ed., Tecnos, Madrid, 2009a.
 - *Ideología y lenguaje en las leyes laborales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2009.
 - *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- MORÍN, E.: *El método. La naturaleza de la naturaleza*, Cátedra, Madrid, 1999.
- MUÑOZ CAMPOS, J.: «El papel de la jurisprudencia en la elaboración del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 19, 1984.
- NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000.
- *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.
- OJEDA AVILÉS, A.: «El principio de condición más beneficiosa», *RPS*, núm. 134, 1982.
- «Flexibilidad judicial y contractualismo», *RFDUC*, núm. 14, 1988.
 - *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1998.
 - *Derecho Sindical*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
 - *La renuncia de derechos del trabajador*, IEP, Madrid, 1971.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 17ª ed., Ramón Areces, Madrid, 2009.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.
- *Los derechos sociales en la Constitución española*, Cuadernos CEC, Madrid, 1991.
- PERELMAN, C.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1979.
- PÉREZ BOTIJA, E.: *El Derecho del Trabajo, concepto, sustantividad y relaciones con las restantes disciplinas jurídicas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.
- PÉREZ-LUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A.: *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Desalma, Buenos Aires, 1998.
- POUND, R.: *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004.
- *Evolución de la libertad. El desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, edición y estudio preliminar sobre la «jurisprudencia sociológica» de Roscoe Pound: la teoría del derecho como ingeniería social a cargo de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2004.
- PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona, 2006.
- *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1988
- QUESADA SEGURA, R. (Coord.): *Manual de Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.
- RADBRUCH, G.: *Filosofía del Derecho*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, «La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política», Comares, Granada, 1999.
- *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. (dir.): *Curso de Derecho del Trabajo*, 16ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- RAMOS QUINTANA, M. I.: «Autonomía colectiva, indisponibilidad derechos e indemnizaciones por despido», *REDT*, núm. 110, 2002.
- *La garantía de los derechos de los trabajadores: inderogabilidad e indisponibilidad*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- RIVERO LAMAS, J.: «El principio de especialidad y la aplicación de las normas laborales», *RPS*, núm. 87, 1970a.
- «La conciliación judicial en los procesos laborales», *RPS*, núm. 85, 1970b.
 - «La aplicación del Derecho del Trabajo: tutela jurídica de los derechos y protección constitucional», *REDT*, núm. 42, 1990.

- «La enseñanza del Derecho del Trabajo», en *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, MTS, Madrid, 1985.
- RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación de trabajo», *RL*, núm. 18, 2000.
- «Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales», *RL*, 1991 (II).
- *Derecho del Trabajo. Apuntes de Cátedra*, vol. I, 1970-1971.
- ROMANO, S.: *Fragments de un diccionario jurídico*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2002.
- ROSS, A.: *Lógica de las normas*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez, «Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho», Comares, Granada, 2002.
- *Teoría de las fuentes del Derecho. Una contribución a la teoría del derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, ACARL, Madrid, 1989.
- (Dir.): *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), Madrid, 2006.
- SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A.: «Las condiciones más beneficiosas de disfrute colectivo», *AL*, núm. 19, 1998.
- SALA FRANCO, T.: «Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas», en *Ley y pacto en el Derecho del Trabajo. Homenaje a Rafael Martínez Emperador*, RMTAS, núm. 3, 1997.
- «El principio de condición más beneficiosa», *RPS*, núm. 114, 1977.
- SANTORO-PASSARELLI, F.: *La transazione*, 2ª ed., Jovene, Nápoles, 1986.
- *Nociones de Derecho del Trabajo*, con Prólogo de E. Borrajo Dacruz, «Presupuestos políticos y criterios técnicos en la elaboración del Derecho del Trabajo», IEP, Madrid, 1963.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. (Dir.): *El modelo social en la Constitución española de 1978*, BOE, Madrid, 2003.
- SAVIGNY, F. K. V.: *Derecho Romano Actual*, edición crítica en un solo volumen, con estudio preliminar, *El pensamiento jurídico de Savigny*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2005.
- *Tratado de la posesión: según los principios del Derecho Romano / por M. F. C. de Savigny; edición y estudio preliminar «Ciencia del Derecho en Savigny» de José Luis Monereo Pérez*, Ed. Comares, Granada, 2005.
- *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*, traducción y prólogo de Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, «Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica» a cargo de José Luis Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2008.
- SIMI, V.: *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milán, 1967.
- SINZHEIMER, H.: *Crisis económica y Derecho del Trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1984.
- SUPIOT, A.: «Un faux dilemme: la loi ou le contrat», *DS*, núm. 1, 2003.
- TARELLO, G.: «La autonomía del intérprete», en *Cultura jurídica y política del Derecho*, FCE, México, 1995.
- «Osservazioni sulla individuazione dei precetti. La semantica del neustico», *RTDPC*, núm. 19, 1965.
- *Teorías e ideologías en el Derecho Sindical*, con estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, «Cultura jurídica y pluralismo jurídico-sindical en Giovanni Tarello», Ed. Comares, Granada, 2000.
- *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición a cargo de J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2002.
- TÖNNIES, F.: *Comunidad y Asociación*, trad. J.F. Ivars, revisión y estudio preliminar, «La interpretación de la Modernidad en Tönnies: 'Comunidad' y 'Sociedad-Asociación' en el desarrollo histórico», por J.L. Monereo Pérez, Ed. Comares, 2009.
- VALDÉS-DAL-RÉ, F.: *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, Madrid, 1996.

- *Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo*, Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 55, Madrid, 1979.
- VALDÉS-DAL-RÉ, F. y CRUZ VILLALÓN, J.: *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- VARDARO, G.: *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Franco Angeli, Milán, 1985.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª ed., Ed. Comares, Granada, 2009.
- y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2009.
- VIDA SORIA, J.: *Discurso pronunciado en el acto de investidura de Doctor Honoris Causa*, Universidad de Granada, 2008.
- VIEHWEG, T.: *Tópica y filosofía del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- *Tópica y jurisprudencia*, con «Prólogo» de E. García de Enterría, Taurus, Madrid, 1986.
- VILLAR PALASI, J. L.: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Tecnos, Madrid, 1975.
- VV.AA.: *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª.N. (directores), Ed. Comares, Granada, 2002.
- VV.AA.: *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2 Tomos, Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, Mª.N. y Gallego Morales, A (Directores), Ed. Comares, Granada, 2001.
- WIETHÖLTER, R.: *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991.
- WIEACKER, FRANZ: *El principio general de la buena fe*, Prólogo de Luis Díez-Picazo, Ed. Civitas, Madrid, 1977.
- ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1999.
- *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bolonia, 2008.

RESUMEN Este artículo aborda dos grupos de cuestiones relativas a la aplicación del Derecho. En su primera parte, plantea los problemas generales relativos a la aplicación del Derecho en una perspectiva general. La segunda parte se destina al estudio específico de la fundamentación, configuración y evolución de los principios especiales de aplicación del Derecho del Trabajo.

En el primer grupo de cuestiones, el estudio pone de relieve que la aplicación del Derecho requiere una fusión entre la teoría y la práctica, por ello es uno de los ámbitos donde más visible resulta la imbricación de la teoría y la ideología subyacentes a las construcciones jurídicas. Debe revalorizarse la actividad aplicativa del Derecho pues los materiales normativos predispuestos por las diversas fuentes materiales del Derecho no suelen ser directamente sino a través de una tarea selectiva e interpretativa. Asimismo, se desvela que las decisiones aplicativas están condicionadas por las propuestas interpretativas avanzadas por los juristas, e incluso se encuentran mediatizadas por las construcciones dogmáticas dentro de las que cualquier interpretación necesariamente se circunscribe. El trabajo plantea las falacias del método aplicativo del Derecho y las dificultades explicativas del paradigma silogístico basado en una plataforma dogmática de tipo «normativista», siendo la tarea aplicativa mucho más compleja de lo tradicionalmente planteado por dicha teoría, que relega a un segundo plano o rechaza la innegable «actividad creadora» del operador jurídico.

La segunda parte del artículo ofrece un análisis de los principios especiales de aplicación del Derecho del Trabajo, profundizando en sus fundamentos dogmáticos y la evolución que han registrado como consecuencia de las propias transformaciones de esta rama del Derecho y sus finalidades político-jurídicas, así como de su *praxis* judicial (lo que reafirma la idea de la «función política» que desempeñan los propios operadores jurídicos).

ABSTRACT This paper tackles two groups of issues related to Law implementation. Firstly, the general problems related to Law implementation are described from a general perspective. Secondly, a specific study is made on the rationale, configuration and evolution of the special principles to implement Labour Law.

In its first part, this paper underlines that the implementation of the Law requires for theory and practice to be merged, causing this to be one of fields where the entwinement of the theory and ideology under legal constructions is more visible. The Law implementation activity should be revalorized because the legal documents derived from a variety of material sources are not usually presented in a direct manner but through a selective and interpretative process. Besides, the implementation decisions are revealed to be conditioned by the interpretative proposals put forward by legal experts, and are even mediated by dogmatic constructions within which any interpretation is necessarily confined. The paper describes the fallacies of the Law implementation method and the difficulties to explain the syllogistic paradigm based on a «legal-type» dogmatic platform. The enforcement task is much more complex that what is traditionally stated by such theory, which rejects or relegates the undeniable «creative activity» of the legist.

In its second part, this paper analyses Labour Law's special principles of implementation, deepening in its dogmatic groundings and their evolution as a result of the transformations undergone by this branch of Law and its political and legal purposes, as well as its judicial *praxis* (which reasserts the idea of the «political function» that legists perform).

La función del Abogado en la aplicación del Derecho del Trabajo

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

... *Detail is my toil.*
In chapel, verse by verse-
in the kitchen, loaf by loaf-
with my pen, word by word-

Gael Turnbull (1928-2004)
An Irish Monk, on Lindisfarne, About 650 A.D.

1. LA FUNCIÓN INDIVIDUAL DEL ABOGADO

1 La función del Abogado ha sido, es y no podrá dejar de ser nunca la de defender a su cliente aplicando el Derecho. Sin Derecho no hay sociedad armónica posible y sin Abogados no puede haber Derecho. Esa convicción cuenta con siglos de tradición y se extrema progresivamente más y más a medida que el Derecho adquiere dosis de prolijidad y de complejidad nunca antes concurrentes, ni siquiera imaginadas, aspecto tan notorio que excusa del esfuerzo de cualquier demostración.

Las corporaciones profesionales suelen caracterizar la función del Abogado como una

función social, de defensa de un ideal de justicia (por ejemplo, art. 1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001), en tal caso mediante la colaboración en la administración que de la misma realizan los jueces y tribunales y, subordinada a ellos, otros órganos no jurisdiccionales del Estado. Desde luego no hay ninguna razón para no aceptarlo a título de *finis operis* porque, a título de *finis operantis*, la función del Abogado es inevitablemente individual, en el círculo privado del interés asimismo privado que el cliente le confía. El poeta Ramón de Campoamor (1817-1901) decía en un desconocido opúsculo titulado *Filosofía de las Leyes* (1846), que ... «*el ídolo de la tierra es el interés, un ídolo de oro socialmente mejor que el ídolo de aire de la absoluta abnegación*».

Discutible la forma de expresarlo, pocas dudas caben acerca de que el Derecho es la previsión de los conflictos desencadenados por la defensa de los intereses propios y la voluntad de apaciguarlos por los cauces y procedimientos establecidos [*apud.* mi *Manual de Introducción al Derecho*. Madrid (CEF-

* Abogado en ejercicio (desde 1961). Profesor (desde 1957) y Catedrático (desde 1969) Emérito (desde 2006) de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Presidente (desde 2000 hasta 2004) Honorario (desde 2005) de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

UDIMA), 2ª ed. 2009, pp. 27.28], nada de lo cual es posible sin la intervención del Abogado, el auténtico valedor de los intereses individuales que le son confiados y artífice con su intervención de la solución de los conflictos de esa naturaleza.

Esta es, por otra parte, la nota dominante en el concepto legal de Abogado y, de ese modo, el art. 436 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, centra la definición de aquél en la «*defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico*» e idéntico elemento se destaca, literal y coherentemente, en el art. 6 del citado Estatuto General de la Abogacía Española.

Tanto Thomas More (1478-1535), prestigiosísimo Abogado, como François Rabelais (c. 1490-1553), clérigo, pero criado en el ambiente del bufete paterno, contemplaron como normal la exclusión social de los Abogados en sus imaginaciones utopistas [respectivamente, *Utopia* (1516) y *L'abbaye de Thélème* (capítulos LII a LVII, del libro I de *Gargantua y Pantagruel* (1532-1534)], pero los alegatos de ambos no pretenden descalificar la función del Abogado, sino constatar que su presencia es inútil allá donde los hombres carecen de intereses contrapuestos porque son, a la vez, libres, iguales y felices y, por tanto, no promotores de pleito alguno.

2. La figura del Abogado, desconocida en las civilizaciones anteriores a la grecorromana, tiene tanto en Grecia como en Roma una dimensión primaria de orador y retórico que convino a los *logógrafos*, dominadores de todos los resortes del discurso político y jurídico, como los grandes Lisias (445-380 a.C.), Demostenes (384-322 a.C.), Cicerón (106-43 a.C.) y el calahorrano Quintiliano (39-95), volcada su habilidad a la satisfacción de pretensiones individuales soportadas en el Derecho. Como quiera que la oratoria se sigue considerando una ventaja en el desempeño de la abogacía, nadie interesado por ella debería desconocer las magnas obras de los dos últimos citados, respectivamente *De Oratore* e

Institutione Oratoria, disponibles en ediciones francesas [la primera, J. Cousin. Paris (Les Belles Lettres), 1975-1980; la segunda, E. Courbeaud y H. Bornecque, id. 1922-1930, con adaptaciones de ambas en catalán a cargo de la Fundació Bernat Metge, en 1961-1987 y 1929-1933).

En todo caso, el *Abogado* –termino que se castellaniza en la primera mitad del siglo XIII, usándose hasta entonces las expresiones de *legis doctores*, *legum magistri*, *domini legum*, etc.– hace su aparición cuando alguien no sabe o no puede hacer por sí mismo aquello que, sin embargo, le resulta imprescindible para la defensa de sus intereses propios frente a otro u otros. Es entonces cuando acude a quien, por sus conocimientos técnicos y por sus dotes de persuasión, puede ayudarle, estableciéndose de esa manera uno de los binomios más bellos de cuantos ha creado la humanidad: el binomio que forman el necesitado de protección que pide (*petitor*) y el llamado o invocado (*advocatus*) para afrontar la necesidad ajena, intensa unión que se ha fortalecido con el paso de los siglos.

Es así la abogacía la más excelsa actividad de ayuda al prójimo, seguramente incomparable con cualquier otra actividad profesional, lo que explica que sea la única que ha dado lugar a varios sustantivos [*abogador*, *abogaduría*, *abogación* y *abogamiento*] y, sobre todo, al verbo *abogar*, sin paralelismo en las restantes profesiones liberales, pues incluso la más cercana, *medicar*, está desprovista de la grandiosidad de aquélla, quedándose en el plano estrictamente instrumental de administrar medicinas, sinónimo de medicinar. En cambio, *abogar* tanto significa defender en juicio, por escrito o de palabra, como interceder, hablar a favor de otro, defender, mediar, proteger, apoyar, respaldar, auxiliar, ayudar, patrocinar ... El término *advocación*, que más tarde ha adquirido un significado escatológico, surgió a mitades del siglo XV, desde el latín *advocatio*, para significar la acción de llamar al abogado o protector.

2. EL ABOGADO, JURISTA O MAGO

1. El Abogado ha de ser, inexcusablemente, un jurista, es decir, un especialista en Derecho, presumiendo la ley española que lo es, *iuris et de iure*, todo aquel que ha obtenido el título de Licenciado o de Grado en Derecho. Los problemas que deriven en la práctica de una mala formación jurídica los padecerá directa e inmediatamente el cliente, aunque en un tiempo más o menos largo destiñan asimismo al prestigio profesional del Abogado y lleven al fracaso de su carrera. Las voces que intermitentemente claman por impedir que, recién obtenido el título universitario, sin otra actividad o práctica complementaria, pueda el Abogado ocuparse de los asuntos técnicamente más complejos (por ejemplo, un recurso de casación o un recurso de amparo constitucional) no han sido oídas hasta ahora, pero la todavía invigente Ley 34/2006, sobre acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, marca un punto de inflexión con sus mayores exigencias formativas, a cargo de las Universidades o de las Escuelas de Práctica Jurídica, y de la realización obligatoria de Prácticas externas, que deberán alcanzar la mitad del contenido formativo teórico. Los resultados de esta novedad legal tardarán en conocerse, no favoreciendo de momento el optimismo el velado enfrentamiento entre los centros universitarios y los profesionales. En todo caso, es digno de elogio el principal propósito del legislador, no otro que *«el de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad»*.

Ejercer responsablemente la profesión de Abogado implica un colosal esfuerzo, día a día, no siendo lo peor, pese a que así suele entenderse, el respeto de los plazos para evitar la decadencia de las acciones, sino la preparación de los casos encomendados, siempre de dificultad mayor de la que a primera vista parece. Un error aislado es dramático y escasamente disculpable si lesiona los intereses del cliente, al margen de las responsabilidades de todo orden en las que el Abogado pue-

da incurrir; pero la cadena sistemática de errores en el ejercicio profesional debería impedir el ejercicio de la profesión, y no sólo por imposición legal o corporativa sino por propia estimación del Abogado.

La complejidad creciente de la legislación no concede pausa a la actividad de estudio, sea cual sea la especialidad jurídica que se desempeñe, pues actualmente ninguna de ellas disfruta de la estabilidad normativa que conferían los grandes códigos decimonónicos, modificados ahora también de modo constante. A su lado, la jurisprudencia no sólo es simultáneamente intrincada, sino abrumadora en el número de resoluciones a tener en cuenta, no sólo de los juzgados y tribunales ordinarios sino también del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la seguridad de que sin conocimiento de sus respectivas doctrinas, las lagunas interpretativas impiden hoy la correcta práctica profesional. Es cierto que el sistema de acceso a las fuentes documentales ha cambiado y que ahora las bases informáticas permiten localizar los datos que importan con mayor facilidad que antes. Pero los datos sólo sirven si después de localizarlos se depuran, se asimilan y se proyectan al caso concreto de que se trate y esa tarea es enojosa y, desde luego, rigurosamente personal.

2. El Abogado cumple siendo un jurista solvente, pero no debe aceptar que se le contemple como un mago capaz de transformaciones inexplicables de la realidad; ni es tampoco un alquimista capaz de convertir cualquier onza de plomo en onza de oro, ni menos todavía Santa Rita, invocada como la Abogada de los imposibles. Si el Abogado padeciera la tentación de creerse algo semejante, habría llegado el momento de dedicarse a otras actividades más espirituales que las muy materiales de proteger los intereses de los clientes. De manera que el Abogado debe desterrar cualquier autocomplacencia al oír frases como ... *«me han dicho que sólo usted puede ganar este pleito»* y, poniendo sus pies y los de su cliente en la tierra, ha de tomarse el

tiempo necesario antes de darle una respuesta realista en términos jurídicos acerca del caso consultado. Absurdo sería negar la distinción –propia del cultivo de cualquier técnica, ciencia o arte– entre Abogados de mayor o menor nivel jurídico y de mayor o menor habilidad o ingenio en el ejercicio de la profesión, pero la función es siempre común y también el Derecho a invocar y a aplicar por los jueces y tribunales. El cliente debe saber por boca de su Abogado que, sobre el presupuesto inabdicable de que el caso será objeto de atención minuciosa y profunda, su pretensión puede ser más o menos fácilmente estimada o desestimada, pues ambas posibilidades caen dentro del campo de la incertidumbre que el Derecho positivo y su aplicación propician.

No es culpa de los Abogados el insoportable grado de incertidumbre que la aplicación del Derecho sufre a comienzos del siglo XXI, desde luego en España, fenómeno achacable a causas distintas y de no sencilla jerarquización, pero innegable como fenómeno social generalizado. Esta realidad impide el desempeño de esa función de meteorólogo que los realistas norteamericanos asignaban al Abogado, y que expuso Jerome Frank (1889-1957) con claridad en su obra *Short of Sickness and Death; a Study of moral Responsibility in legal criticism* (1951), editada por CEAL, en 1991, con el más expresivo título de *Derecho e Incertidumbre*. Porque su tarea específica consistiría en predecir, a la luz de determinados elementos conocidos, la consecuencia de un efecto determinado. No siendo relevantes el grado de humedad, la presión atmosférica o la dirección de los vientos para su función de meteorólogo, se debería fijar el Abogado en el comportamiento de los jueces en el pasado para acertar su comportamiento en el futuro –que es lo que importa al cliente–, pero la verdad es que ese método está fatalmente obstruido por la movilidad de las leyes, por el personalismo –que no la independencia– judicial y, sobre todo, por los tiempos excesivos que discurren para decidir sobre la satisfacción del interés cuestionado,

cuando muchos juzgados citan a juicio a los tres o cuatro años de presentarse la demanda, y cuando algún tribunal la resuelve siete u ocho después de que todo haya quedado visto para sentencia ¡para qué poner ejemplos que conoce cualquier lector de periódicos! ...

Un buen sistema, no por laborioso descartable, para calibrar debidamente las posibilidades de éxito de una pretensión determinada, consiste en hacer a la vez de abogado de parte y de abogado de la contraria o, dicho más expresivamente, de *Abogado del Diablo* que, como se sabe, era la persona que designaba la iglesia romana, bajo el nombre de *promotor fidei* (canon 2010 del *Codex Iurisi Canonici* de 1917) con la misión de depurar y, en su caso, objetar los méritos presentados a favor de los candidatos a las dignidades de beatos o de santos, papel que puede desempeñar ahora el *promotor iustitiae* (*Codex* renovado de 1983, cánones 1403 y 1430) con la mayor flexibilidad que le interesaba, y logró introducir Juan Pablo II (1978-2005), nacido Wojtyla (1920), en estas ceremonias de reconocimiento metaterrenal.

Conforme a lo expuesto, en mi práctica profesional me ha sido muy provechoso el ensayo de adoptar la posición de defensor a ultranza del interés de mi cliente, contrastando los argumentos útiles con los de otro Abogado del Bufete que jugara pasajeramente el papel de defender a ultranza el interés de la parte contraria, simulando en definitiva un avance del juicio real postrero.

3. EL ABOGADO, BIENHECHOR O MALHECHOR

1. La mala opinión social que sobre los Abogados suele tenerse –como profesionales monetizados que siempre se lucran, igual si el cliente gana como si pierde–, viene de lejos y la verdad es que la literatura y la opinión circulante utiliza caricaturas crueles e inciertas de la profesión.

El agudísimo Quevedo (1580-1645), en *El Sueño del Juicio Final*, o *Sueño de las Calaveras* (escrito entre el 1606 y el 1623 y editado en 1627) habla de la condena de un Abogado que había tenido todos los derechos con córcovas, es decir, jorobados o malformados. Su admirador, e imitador hasta donde le fue posible, Diego de Torres Villarroel (1693-1770), se dirige al fantasma de Papiniano (150-212) -uno de los artífices del Derecho romano- y le explica que ... «*el tener capa es porque huyo de letrados, procuradores y escribanos, pues cuantos han pleiteado se quedan sin ella y sin camisa ... al que me injuria, perdono; al que me roba, disimulo y de esta suerte estoy bien hallado*» (más detalles en mi discurso de investidura en la Universidad de Salamanca, *La tentación del Derecho en los poetas de Salamanca*, 2009, pp. 33-35). Por su parte, Jean de la Fontaine (1621-1695), en sus *Fábulas*, publicadas entre 1755 y 1759, incluye la titulada *L'Huître et les Plaideurs*, describiendo la peripecia de dos ciudadanos que, en una playa, demandan ambos la propiedad de una ostra por haberla visto u olido antes que el otro. El letrado mediador se la sorbe de inmediato, pero obsequia a cada litigante una valva y les tranquiliza exonerándoles del pago de cualquier gasto por la merced, de lo que obtiene el poeta la moraleja de que mejor no litigar si el pleito finalizará llevándose el picapleitos la sustancia y dejando a los litigantes la morralla o, sea, ... «*le sac et les quilles*» ... [pulcrísima es la edición, *Fables, Texte Intégral*, Paris (Ed. Gründ), 2000, con ilustraciones de Adolf Born (1930), *apud.* pág. 372; de las ediciones españolas tiene un encanto especial la de Montaner y Simón, de 1885, con ilustraciones de Gustav Doré (1832-1883), *apud.* pág. 257].

Ambientadas en el foro son las corrosivas *Estampas* del dibujante Honoré Daumier (1808-1879), con la originalidad de combinar la crítica de las pasiones y su descripción gráfica. Tengo particular cariño al libro publicado en España por Marginalia Civitas, en 1986, bajo el título de *Gentes del Foro*, lectura

obligada para cualquier Abogado, en cuanto que reproduce las cuarenta y siete planchas reunidas por Julien Caen una década antes [*Les Gents de Justice*. Paris (Ed. Vilo-Ed. André Sauret), 1974]. Mi libro tiene además el valor sentimental de haberme sido obsequiado y dedicado, el 1 de diciembre de aquel mismo año, por el profesor Alonso Olea, uno de los grandes laboristas universales que, además, ejerció la abogacía durante un corto periodo de su vida. Tres de estas planchas o estampas serán suficientes para ilustrar la parodia de algunos despropósitos, abusos y situaciones extravagantes en la administración de justicia de la Francia del XIX, con participación protagonista de los Abogados ...

El cliente habla con su Abogado y le dice ... *¡Perdido, señor... perdido con todos los pronunciamientos... Y aún esta mañana me decíais que mi causa era excelente!... ¡Caramba!... Continúo totalmente dispuesto a defenderla si quiere usted apelar ...-; pero le prevengo que en la Audiencia no lo haré por menos de cien escudos...* Un Abogado habla con un colega y le dice... *No dejéis de replicarme, yo os contrarreplicaré. Eso nos permitirá pasar al cobro a nuestros clientes dos defensas más...* Un Abogado razona para sí mismo, en baja voz... *Decididamente parece que mi granuja es un gran criminal... Tanto mejor... ¡Si consigo que sea absuelto, qué gran honor para mí!...*

Los refranes populares son también ineluctables con los Abogados, tal y como ejemplifican estas pocas muestras entre muchas otras análogas... *témele a un Abogado más que a un dolor de costado... Abogado muy ladino, gusta más de andarse por trochas que por caminos... Abogados en el lugar, donde hay bien meten mal... los Abogados hacen a dos manos, a moros y a cristianos... Abogado madrigado, hombre de cuidado... un Abogado en el concejo hace de lo blanco negro...*

Y lo cierto es que el lenguaje no ha pasado por alto la dimensión peyorativa del oficio y así se han formado las palabras *abogadear*

(ejercer la profesión indignamente), *abogaderas y abogaderías* (argumentos capciosos), *abogadil y abogadesco* (perteneciente a los abogados), *abogadillo* (abogado de poco respeto) y *abogadismo* (protagonismo de los abogados en asuntos impropios de su oficio).

2. Cada Abogado tiene, pues, como función prioritaria, la de hacer cuanto esté en su mano por lavar una imagen que se ha deteriorado por culpa de algunos profesionales carentes de escrúpulos, cuando no insensatos, dedicados a situar su interés personal por encima del interés de su cliente. Luchar por el cliente con todas las armas lícitas es altruismo; pensar únicamente como meta en las ventajas materiales de la defensa de intereses ajenos es egoísta y censurable. La verdad es que no es necesario acometer grandes acciones a favor de la dignidad del oficio de Abogado, pues las reglas de oro son sencillas y están al alcance de cualquier profesional honesto. La honestidad es cualidad más rara de lo que debiera, en las sociedades contemporáneas, pero a la vez constituye un presupuesto indispensable para el ejercicio de la abogacía. Lógicamente, el Abogado no tiene por qué ser un bienhechor o benefactor de la humanidad, entendidos los adjetivos en el sentido más literal de dispensador de beneficios generales. Extremo es el caso de Guido Foulques (1202-1268), el Abogado laico que accedió al pontificado con el nombre de Clemente IV (1265-1268) y más conocido seguramente es el ejemplo del *Patrón de Abogados* Ivo Hélori o de Tréguier (c. 1250-1303), elevado a los altares por Clemente VI (1291-1352), como Saint Yves (San Ivo), en 1342. La abnegación, el sacrificio por los demás, la generosidad o la caridad son virtudes encomiables pero inexigibles al profesional que vive de su trabajo, después de muchos años de estudio y de dificultades para abrirse camino, en un medio social de durísima competencia a la que hay que vencer cada día.

Le basta y le sobra al Abogado con una buena provisión de honestidad o de decencia que, en el ejercicio de la abogacía, se traduce

en un haz de acciones tan definidas como las cinco siguientes... no anteponer el interés propio al interés del cliente, guía a su vez de comportamientos rechazables, como el de ofrecerle resultados que razonablemente deben descartarse como posibles para animarle a litigar; no minutar al cliente sino la cantidad que corresponda a la dificultad del trabajo, y siempre bajo presupuesto invariable ofrecido a, y aceptado inicialmente por, quien ha de abonar los honorarios; no improvisar la defensa confiando en la experiencia, en la suerte o en la ayuda ajena, cuando no en la presunta debilidad del contrario, que merece siempre el mayor respeto profesional; no forzar la interpretación de las normas legales más allá de lo que permiten los principios y los valores universalmente aceptados, sobre derechos humanos y libertades públicas, generalmente reflejados en la Constitución propia; y, en último término, no buscar caso por caso recomendaciones ajenas conforme a una descarada política de influir con cualquier tipo de incentivos o ventajas en las personas que han de resolver la contienda que se debate, tentando ilícitamente la neutralidad de los poderes públicos.

Porque la contradicción de esas pautas supone lisa y llanamente la humillación de la ley y sabemos, desde finales del siglo IV, por boca de Sante Gerolamo (347-420), o San Jerónimo, el traductor de la Biblia al latín (*Vulgata*, principios del siglo V), que no hay nada más deleznable que la conducta del hombre de leyes que busca el triunfo de aquello que la ley proscribiera, dedicando el santo un poema al mal ejemplo de los sacerdotes que vivían con mujeres «agapistas», de la secta gnóstica ... «*Oh vergogna, oh infamia! Cosa orrida, ma vera! / Donde viene alla Chiesa questa peste delle agapete*» ... (traducción italiana del original latino).

4. EL ABOGADO, VALIENTE O MEDROSO

1. Una cualidad envidiable del Abogado, de la que debe hacer acopio personal, es la

gallardía, el valor para actuar en cada momento como le dicte su conciencia, olvidando –no descuidando por supuesto– los peligros que pueden derivarse de ello, vengan estos de donde vengan, muchas veces de los propios poderes públicos, que contradicen así su deber constitucional de cumplir y hacer cumplir las leyes. En la historia ha habido casos ejemplares, como el vivido por Claude François Chaveau-Lagarde (1756-1841) defensor de la decapitada reina Marie Antoinette (1755-1793) ante el tribunal revolucionario, con tanta bizarría que a punto estuvo de valerle la guillotina, librándole de ella la caída de Robespierre (1758-1794), al que sus compañeros entendieron necesario aplicar su propia medicina. El más reciente e inolvidable caso, memorable por su dramatismo, es el protagonizado por Gao Zhisheng (1966), defensor de los derechos humanos en China, constantemente detenido, degradado y torturado, hasta su desaparición en septiembre de 2009, hipócritamente ignorada por el gobierno, aunque se atribuye a un portavoz oficial la terrible explicación de que... *ha ido adonde debe estar (where he should be)*...

2. El Abogado no tiene por qué ser un héroe, desde luego, pero la renuncia a la defensa por temor a posibles agravios o desventajas públicas o privadas debe descartarse por opuesta a la dignidad de la profesión. No entran en este saco los supuestos en los que el Abogado antepone intereses lícitos a efectos de soslayar el conflicto que en otro caso habría de crearse y, con mayor razón, los supuestos excluidos a priori por cada Abogado vista su dedicación habitual a determinado tipo de asuntos o de procesos. Se descalifica aquí, únicamente, y se hace énfasis en ello, la abstención de intervenir en defensa de un interés legítimo tras tomar medida de los efectos perjudiciales provenientes de probables represalias, o sea, de actos ajenos en principio ilícitos.

3. La pusilanimidad está reñida con la función individual del Abogado, pero llevar pleitos comprometidos no significa llevar cualquier pleito, si moral o legalmente el caso

presenta aspectos inasumibles que, naturalmente, han de ser objeto de valoraciones rigurosamente personales. Es claro que el Abogado no tendrá nunca problemas por esta causa hacia el exterior, pues siempre podrá justificar su inhibición de modo que resulte respetable para el interesado y para los terceros. Pero, internamente, el Abogado comprobará que la excusa para no intervenir profesionalmente, por miedo a lo que le pueda suceder por el solo hecho de cumplir con su deber, no deja únicamente mal sabor de boca, sino una mácula que no se borra después. Nadar y guardar la ropa es una habilidad que no está al alcance de cualquiera y cuando se consigue puede no conseguirse a la vez la estimación pública. Del mismo Cicerón -uno de los más grandes Abogados de todos los tiempos- dijo el poeta Asinio Polón (75-4 a.C.) que «*ojalá hubiera sido capaz de soportar la prosperidad con mayor control y la adversidad con mayor fortaleza*».

5. EL ABOGADO, ARTISTA O ARTESANO

1. Un buen Abogado no necesita ser ni un genio ni un artista. Lo que no puede dejar de ser es un buen artesano, es decir, un trabajador minucioso de cada caso a su cargo. Si cotejamos las vidas relativamente paralelas de dos maestros austriacos de la dirección orquestal, podemos imaginar que la reacción ante el éxito estelar y las ventas millonarias de las grabaciones de Herbert von Karajan (Heribert Ritter Karajanis, 1908-1989), llevó a Karl Böhm (1894-1981) –doctor en Derecho por cierto– a definirse como un simple artesano de la dirección de orquesta (... *ich bin ein einfacher Handwerker* ...), buscador de la precisión del ritmo, lo que tiene fácil comprobación admirando alguno de los ensayos a plena orquesta de los que podemos disfrutar por la oferta del mercado, por ejemplo el ensayo de la séptima de Beethoven, dirigiendo a la *Wiener Symphoniker*, en la grabación realizada en el vienes *Estudio Rosen*, a partir del 2 de mayo de 1966, o el de la novena de Dvo-

rák, dirigiendo a la *Wiener Philharmoniker*, en la *Grosser Saal* del *Musikverein* de Viena, entre los días 18 y 20 de mayo de 1978. Qué la historia o los historiadores traten mejor a los artistas que a los artesanos, es una cosa, y otra bien distinta el juicio personal del melómano que, cual el cliente del Abogado, preferirá a quien más satisfaga su interés personal de conseguir lo que mejor le suene, tratándose de música, o lo que mejor le convenga, tratándose de otra pretensión fundada en el Derecho.

No está, pues, el Abogado comprometido a... «*inventar la eterna novedad*» que se exigía Nietzsche (1844-1900) en *La Gaya Ciencia* (*die fröhliche Wissenschaft*), de 1882, en pos... «*del dios del infinito movimiento*». Pero a lo que si está requerido es a huir de la desidia mental y de la rutina forense, que se produce cuando el Abogado se copia a sí mismo o a los demás. Decía Goethe (1749-1832) –quien fuera en su juventud estudiante de Derecho en Leipzig–, por boca de Mefistófeles, que se tiende a inventar palabras allí donde faltan las ideas y de ello hay excesivas pruebas en la literatura forense, plagada de los vicios que advertía Federico de Castro (1903-1983) al denunciar el uso excesivo de algunos sobadisimos brocados latinos, la cobertura, en cita literal... «*de la pereza del pensar jurídico*».

2. Ante un caso nuevo el Abogado tiene la responsabilidad de afrontarlo en sus hechos y en sus fundamentos, procurando establecer con rigor aquéllos y enriquecer éstos en la medida de sus posibilidades, progresivamente mayores si se aplica el esfuerzo exigible a quien vive de aquel a quien sirve. No es buena pauta de comportamiento exportar al caso confiado el trabajo realizado para otro caso anterior puesto que en verdad, salvo que se trate de repeticiones evidentes –demandas plurales sobre una misma pretensión, por ejemplo– la experiencia demuestra que no hay dos casos iguales.

De tal modo que el Abogado habrá de combinar, vez a vez, lo que ya sabe y lo que debe

saber de más acerca de la cuestión litigiosa. En todas las especialidades jurídicas -y en algunas aluvionalmente- llueven reformas y novedades legales y jurisprudenciales con frecuencia, de manera que el simple transcurso de un trimestre, sin advertir unas y otras, produce sorpresas desagradables que a veces no tienen fácil arreglo, cuando se ha preparado una defensa ignorando que una semana antes del juicio, alguno de los altos tribunales (de Justicia de la Unión Europea, Constitucional o Supremo) ha dictado una resolución que pone patas arriba toda la interpretación legal precedente y peor todavía si el Boletín Oficial del Estado ha incorporado una disposición general sin *vacatio*, o sea, de inmediata vigencia. El Abogado que no esté dispuesto a someterse, personalmente o a través de colaboradores, a esa continua operación renovadora de la información básica sobre el que nuestro querido colega Efrén Borrajo (1929) llama «*el derecho vivo*», no cumple debidamente sus obligaciones frente al cliente.

A la inversa, el Abogado debe rechazar esas proposiciones de los clientes que dicen conformarse con una mera orientación, con un informe sencillo, con la estampación de la firma personal en escritos rutinarios o incluso ajenos, a cuenta del prestigio que se le supone al firmante. Vayan o no esas propuestas unidas a un ánimo de abaratar el trabajo profesional, en principio deben ser rechazadas puesto que el trabajo barato a costa del trabajo superficial carece de justificación en el mundo del Derecho. Ya se ha dicho que el Abogado debe moderar sus honorarios a lo que valga su tiempo y su esfuerzo, aplicando elementos moderadores incluso a la vista de las circunstancias concurrentes. Pero aceptada la dirección de un asunto, el Abogado es responsable de la mejor actuación esperable de sus condiciones personales y profesionales, sin que resulte admisible la distinción entre leve o intensa dedicación a su preparación y estudio, pues cada asunto o cada pleito requiere la atención que deriva de su dificul-

tad y no de consideraciones de cualquier otro carácter.

No estará de más traer a colación aquellas expresivas palabras contenidas en un libro de quien fuera Ministro de Fomento, y destacado Abogado, Ángel Osorio y Gallardo (1873-1946), publicado en la Biblioteca Nueva, en 1918, con el título de *Los hombres de toga en el procedimiento de Don Rodrigo Calderón*. En esa obra de recomendable lectura se hace ver que los procesos no son abstracciones sino ... «concreciones que tocan a la libertad, al bolsillo, a la honra, a la piel y a los huesos»... Ahí queda implicada la grandeza o la miseria de la función del Abogado. Por cierto, quienes sientan curiosidad por el célebre proceso citado, tienen a mano el estudio de Felipe Ruiz Martín en el apasionante recopilatorio de Santiago Muñoz Machado, *Los grandes procesos de la Historia de España* (Barcelona, Crítica, 2002, págs. 287-295).

6. EL ABOGADO, ISLOTE O CONTINENTE

1. El Abogado puede trabajar solo en su Bufete, aunque cada vez se generaliza más el ejercicio profesional colectivo en sus diversas modalidades, en función de las dimensiones de los efectivos personales y materiales y de los criterios organizativos adoptados. Pero incluso si el Abogado trabaja sin la colaboración de otros compañeros, el ejercicio profesional obliga a relacionarse externamente con sus clientes, con los Abogados que representan los intereses de sus respectivos clientes, en conflicto con los primeros y, desde luego, con los poderes públicos competentes para conocer de los asuntos y pleitos a su cargo, entre los que revisten importancia particular los Jueces. De manera que el Abogado no es una isla en el mundo del Derecho, sino un continente unido a otras grandes extensiones no de tierra sino de intereses, separadas entre sí no por los mares sino por las funciones y competencias que corresponden a los litigantes y a los órganos públicos dirimientes.

2. Las relaciones del Abogado con sus clientes aporta una dimensión colectiva a la relación singular de aquél con cada uno de ellos. En esa dimensión colectiva es usual hablar no de cliente sino de clientela y la homogeneidad o heterogeneidad de ésta es algo que no permite una catalogación de validez generalizable porque no es, en ningún caso, impropio de la profesión combinar como clientes a personas físicas y jurídicas de muy distinta condición social, económica y jurídica, aunque la homogeneidad suele ser indicio de un mayor arraigo del Bufete. Incluso teóricamente cabe admitir, en esa composición prolija de la clientela, que se produzcan conflictos de intereses potenciales (*in fieri*), que lógicamente no podrán admitirse como conflictos desencadenados (*in facto esse*).

3. Las relaciones del Abogado con sus colegas Abogados han de estar presididas por los principios de la buena fe y de la cortesía. La combinación de ambos impondrá al Abogado la renuncia a adquirir ventaja sobre el compañero en posición de contraparte por otra causa que no sea la de la aplicación de las leyes, debidamente interpretadas, extremando en cualquier caso las atenciones sociales para hacerle objeto de un trato no sólo correcto sino preferente. Al compañero debe prestársele toda la ayuda que permita la defensa del interés del cliente propio, desechando en todo caso la utilización de trucos o triquiñuelas procesales, el regateo de la información objetiva y las ventajas ilícitas procedentes de informaciones privilegiadas que no sean ya de general conocimiento.

4. Las relaciones del Abogado con los poderes públicos, y con los jueces en particular, no pueden basarse en la jerarquía sino en el respeto mutuo. En un libro poco divulgado, pero con méritos para salir de la oscuridad que lo envuelve [*Recuerdos de un hombre de toga* (Córdoba, ed. autor), 1979], Francisco Poyatos López, destacado Fiscal que fuera, dejó escrito que ... *en las relaciones Juez-Abogado no deben producirse molestias innecesarias. Al Juez debe agradecerle que se recurran*

sus resoluciones y el Abogado pierde elegancia murmurando contra el Juez» ... una brillante y abreviada forma de decir, a poco que se medite sobre ello, mucho más de lo que parece.

Fuera de las prácticas de la corrección social, el Abogado será tanto más respetado en los tribunales cuanto mayores sean la dignidad y la solvencia con las que ejerza su oficio. Se tiene por cierto el hecho de que el retraso secular en la aceptación del desempeño de la abogacía por las mujeres, tuvo mucho que ver con el reprochable acto indecoroso que Caya Afrania o Calpurnia (s. I a.C.) dedicó al Juez del caso.

Cualquier Juez merece consideración por desempeñar, junto con sus auxiliares y profesionales encargados de la defensa de los intereses enfrentados, la más excelsa de las funciones que se realizan en el mundo del Derecho, pero no es extraño que su prestigio aumente o disminuya por el modo en el que discorra su desempeño. Junto a los grandes Jueces de que ha podido presumir siempre cualquier civilización, la historia remota y reciente da cuenta de algunos delincuentes disfrazados que tanto daño han hecho no sólo a la administración de justicia, sino al Derecho escrito con mayúsculas, y entendido, con Legaz Lacambra (1906-1980), como una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad dotado de valor autárquico.

Los desacuerdos entre Abogados y Jueces no deben exteriorizarse fuera de los recursos ordinarios y extraordinarios que el Derecho procesal regula, dejando para casos extremos por su gravedad otro tipo de actuaciones, como las denuncias y la exigencia de responsabilidades o de sanciones disciplinarias. De ese modo, el entrañable testimonio de Luis Bertelli, en su obra *Clan judicial* (Kaideda, 1990), no puede ser descripción de reglas generales y lo cierto es que el propio autor

dedica el libro a su esposa Julia ... «*por animarme a desistir constantemente*» ... De otro lado, bueno es siempre recordar que los recursos proceden contra los fallos y no contra los argumentos jurídicos utilizados en las resoluciones judiciales, según conclusión legal y jurisprudencial inconcusa, y es en aquéllos donde hay que buscar el balance del pleito, pues ya Piero Calamandrei (1889-1956), en su famoso libro *Elogio del Giudici scritto da un Avvocato* (1935, trad. esp. 1936), declaraba haber comprobado que los fallos justos eran más frecuentes que las motivaciones convincentes.

En el plano opuesto, dígase que la amistad entre Abogados y Jueces no puede trascender al plano profesional, de modo que también el Abogado debe operar espiritualmente dentro de las reglas de la abstención y recusación que limita formalmente la actividad de los Jueces. Se acaba de firmar en España un acuerdo relativo a la intervención de los Abogados en los nombramientos judiciales, positivo sin duda en cuanto a la implicación material de ambas funciones convergentes en el acercamiento a un ideal de justicia, pero habrá que adoptar las cautelas imprescindibles de des-individualización, para que ningún Juez en concreto deba favores a ningún Abogado en concreto.

Históricamente hay sobradas muestras de la intercomunicación sucesiva -y hasta simultánea durante muchos siglos- de las funciones de Abogado y de Juez, en las dos posiciones cronológicas de Juez antes de ser Abogado o de Abogado antes de ser Juez, bien que personalmente, sin otra razón de peso distinta a mi propio criterio, prefiera esta a aquella secuencia, salvo que concurran causas excepcionales que impidan el desempeño de la función judicial y se deba acudir al ejercicio de la abogacía como medio ordinario de vida. Los dos ejemplos más relevantes de la sucesión funcional de Abogados y luego Jueces, en los últimos cinco siglos, son los que ofrece el mundo anglosajón, particularmente en las personas del inglés Edward Coke (1552-1634)

y del norteamericano John Marshall (1755-1835). Estos Jueces admirables fueron antes admirables Abogados y desde el ejercicio de sus actuaciones individuales contribuyeron decisivamente a la consolidación de avances históricos sin los cuales no es hoy comprensible el Estado de Derecho.

La experiencia adquirida por ambos en el ejercicio de la abogacía, permitió al primero convertirse en el más precoz paladín de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos [... «*the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence as for his repose*»]. Mientras que el mismo bagaje habilitó al segundo para fortalecer la tesis la la inexcusable defensa del control constitucional de las leyes [... «*that Acts of Congress that conflict with the Constitution are not law and the Courts are bound instead to follow the Constitution, affirming the principle of judicial review*» ...]. Experiencias repetidas en todos los países desarrollados y por supuesto en España, sin que me resulte cómodo ofrecer la amplia lista de los nombres disponibles, pero sí apreciar los magníficos resultados traídos por el acceso a la judicatura de juristas –Abogados en particular– de reconocido prestigio.

7. EL ABOGADO LABORALISTA Y SU PLUSVALÍA

1. Habrá que empezar afirmando que el Abogado laboralista es ante todo un Abogado y, por tanto, como cualquier otro, se dedica a la defensa de los intereses de sus clientes, conviniéndole de modo pleno cuanto se ha expuesto con anterioridad sobre sus funciones y responsabilidades. Pero probablemente sea España uno de los países en los que el Abogado laboralista no se define únicamente como un Abogado especializado en *Derecho del Trabajo*, entendido en su más amplio ámbito de aplicación como disciplina comprensiva de los *contratos de trabajo* (sujetos

variopintos que los conciertan, tipología contractual, fuentes de determinación de las condiciones de trabajo, prevención de los riesgos profesionales, nacimiento, desarrollo, novación, suspensión y extinción de los vínculos contractuales), de las *relaciones colectivas de trabajo* (libertad sindical, conflictividad laboral y solución pacífica de los conflictos, negociación colectiva y representación/participación en la empresa), de las *políticas de ocupación y empleo* (nacionales e internacionales, migraciones e inmigraciones incluidas), de la *protección social pública* (seguridad social, salud y asistencia social), de la *protección social privada* (mutualismo empresarial, planes y fondos de pensiones, seguros de vida de los trabajadores), de la *administración laboral* (dirección de la política de empleo, procedimientos administrativos especiales y, sobre todo, control de las normas laborales) y de los *Juzgados y tribunales sociales* (planta y organización, procedimiento y resolución de las controversias contenciosas de esa naturaleza).

Ni que decir tiene que sin el conocimiento –el dominio es otra cosa, y casi descartable a priori– de esos singulares ordenamientos legales y convencionales la figura del Abogado laboralista no es reconocible, pero es común añadir a su imagen algún otro elemento identificador que, a falta de mejor definición, podríase identificar con el «halo» que rodea a quienes practican la defensa de intereses privados con aplicación de las normas laborales y sociales, o de los derechos y obligaciones que de ellas se derivan y que tiene un origen histórico, aparejado a la defensa de los trabajadores frente a un ordenamiento cegado en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. No es casual que, con harta frecuencia, fueran también los abogados laboralistas quienes asumieran la defensa de clientes objeto de persecución y represión política, por los delitos tipificados contra el orden público. Ese halo del que se habla señaló a los Abogados que lo lucían, no sin razón, como aguerridos

dos defensores de causas tan justas como arriesgadas para la integridad propia, personas generosas y progresistas que hacían de los derechos fundamentales de sus clientes el objeto de sus vidas. El atentado fascista de la calle Atocha, 55 (ocurrido la noche del 14 de enero de 1977), atacando inhumanamente a los miembros de un bufete laboralista, con el dramático balance de cinco muertos y de cuatro heridos gravísimos de bala, vino a sellar esa aureola o plusvalía en el ejercicio de la especialidad.

Una vez recuperada la democracia y restablecidos al máximo nivel formal tales derechos y libertades universales, hay que considerar anacrónica la contraposición entre Abogado laboralista, si se defienden intereses de trabajadores o de sus representantes, y Abogado especialista en Derecho del trabajo, si se defienden sólo o alternativamente otros intereses, generalmente empresariales. Entiendo, pues, que ningún argumento de peso puede encontrarse hoy, dentro del marco constitucional español, para regatear el atributo de *laboralista* a todo Abogado que encamine su actividad profesional a la defensa de clientes con pretensiones basadas en el Derecho del trabajo, sea demandando derechos o respondiendo a las demandas interpuestas de contrario, ante todo tipo de instancias administrativas y judiciales. De la misma manera que no debe repugnar a nadie la utilización del adjetivo para aplicárselo a cualquier otro cultivador del Derecho del trabajo, aunque no ejerza la profesión de Abogado.

2. El Abogado laboralista no se diferencia de los compañeros de profesión a la hora de servir a los intereses de su cliente, pero es cierto que la propia razón de ser de la autonomía del Derecho del Trabajo, en el conjunto del ordenamiento jurídico, matiza la actividad del Abogado laboralista a la hora de aplicar el ordenamiento laboral.

En primer lugar, a diferencia de casi todos los demás ordenamientos especializados, el laboral está formado por dos tipos de normas

absolutamente distintas en su origen, en su naturaleza y en el valor formal de las unas respecto de las otras, las normas estatales y las normas convencionales, o sea, las leyes y los reglamentos por un lado, y los acuerdos y convenios negociados entre interlocutores sociales colectivos, por otro.

En segundo lugar, también como sensible diferencia frente a la mayor parte de las disciplinas jurídicas institucionalizadas, el Derecho del Trabajo ha dado lugar a la creación de un sector propio de la Administración dentro de las Administraciones Públicas de competencias generales, con existencia de una Inspección de Trabajo destinada a comprobar el respeto a las normas laborales en su más amplio sentido, sin cuya acción, desde los inicios del XX, no se entendería siquiera la evolución histórica de la legislación laboral.

Y, además de todo ello, como tercera particularidad memorable, el Derecho del Trabajo ha exigido la disgregación para sí de un orden jurisdiccional propio, el denominado social, de importancia creciente en el conjunto de la jurisdicción única que consagran las normas constitucionales, y no sólo cuantitativa sino sobre todo cualitativamente, hasta el punto de que algunas de las últimas reformas procesales civiles y administrativas han tomado como paradigma los principios informadores del proceso laboral (oralidad e inmediatez, particularmente), buena muestra de lo cual son el proceso verbal civil y el proceso abreviado contencioso-administrativo. En el primer ejemplo se aprecia una curiosa espiral que tiene como inicio y fin el proceso civil, al que toma primero como ejemplo el proceso social, para después ser acogido éste como modelo de un proceso verbal adaptado.

En respuesta a la intensa tipicidad del Derecho del Trabajo, el Abogado laboralista expande la defensa de los intereses de sus clientes a cuatro grandes espacios, como son: la elaboración de las leyes y reglamentos laborales, la negociación de las condiciones efectivas de trabajo, la evitación de los con-

flictos laborales y la intervención en los procedimientos administrativos especiales sobre materia laboral.

Estas delicadas materias no pueden ser aquí objeto del cuidadoso análisis que una a una requieren, tratándose únicamente de vincularlas en forma esquemática a la función desempeñada por el Abogado laboralista.

7.1. La elaboración de las leyes laborales

1. A diferencia de lo que ocurre en el estudio y elaboración de otras leyes de ordenamientos diversos -en cuyo proceso se cuenta con la sosegada labor prelegislativa que lleva a cabo la Comisión General de Codificación, a través de sus Secciones Permanentes de Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Público, Derecho Penal y Derecho Procesal y a través de las numerosas Secciones Especiales respecto de Leyes específicas- las leyes laborales se elaboran más improvisada o, en su caso, artesanalmente, partiendo muchas veces de un anteproyecto encomendado a un laboralista prestigioso, sea o no Abogado en ejercicio. Si fuera imprescindible podría presentarse un detallado repertorio del trabajo acometido por reconocidos laboralistas en la redacción de los borradores de leyes y reglamentos laborales importantes, así en sus partes expositivas como dispositivas o articuladas.

Indispensable es anotar la positiva innovación que a este respecto trajo consigo la creación del Consejo Económico y Social a principios de los noventa, cuando la Ley 21/1991 lo constituyó como órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, con una composición tripartita característica que se mantiene actualmente. Un Grupo primero de veinte personas representan a las organizaciones sindicales; un grupo segundo de igual número representan a las organizaciones empresariales; y un grupo tercero de iguales consejeros representan por separado al sector agrario (3), al sector marítimo-pes-

quero (3), a los consumidores y usuarios (4) y al sector de la economía social (4), dejando las seis plazas restantes para expertos -juristas y economistas, preferentemente- de designación gubernamental. Al frente de los sesenta consejeros actúa un Presidente nombrado por el Consejo de Ministros.

La labor del Consejo, por lo que ahora importa, se materializa en *Dictámenes* sobre Anteproyectos de Ley y Proyectos de Reglamentos, y en *Informes* sobre materias que atañen a los intereses económicos y sociales propios de los interlocutores, entre ellos, naturalmente, los relativos a las relaciones laborales, el empleo, la seguridad social, los asuntos sociales y la salud. Los últimos emitidos, a la hora en que se redactan estas páginas, son el Dictamen 1/2010, sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y el Informe 2/2010, sobre los Retos del Mercado Interior Europeo.

Esta labor de depuración -que no de elaboración- de las leyes laborales es compartida con la actividad paralela, respecto de sus competencias funcionales y territoriales, por los Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas y, además, en materia de Protección Social, por la instancia organizativa conocida como Comisión del Pacto de Toledo, en funcionamiento desde el año 1995, un órgano deliberante que ha llevado a cabo no sólo estudios de situación, sino proyectos normativos de considerable relevancia teórica y repercusión práctica.

2. Desde luego en el seno de todos los órganos citados tienen importante presencia los laboralistas [cómo no recordar que de los tres Presidentes que ha tenido hasta ahora el CES, los dos primeros eran Catedráticos de Derecho del Trabajo y el tercero y actual, Inspector de Trabajo], pero no igualmente los Abogados laboralistas, salvo que haya coincidido esa actividad profesional con la condición tenida en cuenta para su nombramiento, a título de representante de alguna organización sindical o empresarial, por ejemplo.

Esa intervención específica de los Abogados laboralistas, atendiendo únicamente a su condición de tales, debería ser objeto de contemplación futura para desglosar la procedencia de los expertos designados por el Gobierno en el Consejo Económico y Social de España, sirviendo además de precedente para asegurar su presencia en los Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas, lo que posibilitaría, verbigracia, que al menos uno de los expertos fuera Abogado laboralista en ejercicio, en su caso con exigencia de una antigüedad mínima en la actividad profesional efectiva. Sería entonces un derecho reconocido a estos profesionales y no una simple coincidencia como ahora ocurre en los nombramientos que se han venido llevando a cabo, en los que se mira únicamente el prestigio de los candidatos en las materias económicas y sociales, pero sin buscar la experiencia inigualable que se adquiere con el oficio de Abogado respecto de la eficacia de las disposiciones generales reguladoras de las distintas instituciones laborales.

No parece una objeción seria a la propuesta la vinculación de los Abogados ejercientes a los intereses de sus clientes, primero porque no todos los Abogados defienden a los mismos clientes ni, por tanto, los mismos intereses y, segundo y principal, porque esa preferencia por la toma en consideración de intereses concretos y distintos a otros que tengan expresión en el órgano consultivo, enriquece la formación de la decisión conjunta sobre las prioridades que han de ser llevadas a las leyes y reglamentos.

El reconocimiento público del hacer de los Abogados laboralistas, es deseablemente compatible con la intervención más intensa en las tareas legislativas por parte de las Asociaciones especializadas de mayor solvencia, tales como la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTSS) —la que, por cierto, tuvo una destacada intervención en la elaboración del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social en los años 1993 y 1994—, la Asociación Española de

Salud y Seguridad Social (AESSS), la Asociación Nacional de Abogados Laboralistas (ASNALA), etc., etc.

Aunque se trata de una cuestión excesivamente coyuntural, a la altura del primer trimestre de 2010, no deja de producir desasosiego que un proyecto de reforma laboral, incluida la reforma de las pensiones, requerido por el mercado de trabajo español, y tan intenso en los planteamientos como polémico en las soluciones, no haya tenido en cuenta la existencia de todas esas organizaciones especializadas y de las autorizadas opiniones que desde ellas podrían emitirse si les fueran solicitadas institucionalmente.

7.2. La negociación de las condiciones de trabajo

1. Es ésta, sin duda, tras la contenciosa, la más característica función de los abogados laboralistas, contribuir con sus conocimientos a fijar convencionalmente las condiciones de trabajo, al servicio de lo querido por los negociadores, y sin infringir la legalidad constituida. En un modelo democrático de relaciones laborales, la negociación colectiva es el procedimiento ordinario de establecer las condiciones de trabajo efectivas, que encuentran su suelo en las determinaciones imperativas de los poderes públicos y su techo en la autonomía de voluntad colectiva, salvo los casos excepcionales de la existencia de topes de origen heterónimo, por ejemplo referidos a la masa salarial y a la cuantía de los salarios para el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Sin olvidar que la fijación de condiciones de trabajo por convenio colectivo, o por sus equivalentes en las Administraciones Públicas, marca el régimen de vida de la mayor parte de la población, sea directa o indirectamente.

En ese complejo y trascendental proceso negociador, la función del Abogado laboralista se manifiesta básicamente en tres actuaciones típicas: la de intervenir en las Comi-

siones Negociadoras del convenio, la de asesorar en la aplicación del convenio y la de impugnar o defender ante los tribunales las cláusulas convencionales pactadas.

2. El art. 88.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), aprobado por el Real Decreto-legislativo 1/1995 dispone imprecisamente que ... «*la designación de los componentes de la Comisión corresponderá a las partes negociadoras quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de los asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto*». Esos asesores son, naturalmente, los que elijan las partes negociadoras libremente, y su formación (jurídica, económica, etc.) depende asimismo de lo que aquéllas interese, razonablemente según las exigencias técnicas de la negociación que haya de afrontarse. Los asesores no forman parte, *stricto sensu*, de la Comisión Negociadora ni, por tanto, se computan a efectos de sus límites personales, ni disponen tampoco de facultades decisorias directas. Pero su importancia en la negociación es hoy entendida como insustituible de modo que su presencia se fuerza, cuando falta el acuerdo inter-partes, con apoyo en el principio de la buena fe, exigible bajo sanción de nulidad en cualquier proceso negociador.

Los asesores que acepta la ley pueden ser identificados como «asesores internos», lo que no quita para que ejerzan el asesoramiento fuera de las sesiones de la Comisión Negociadora, como es habitual, valorando lo negociado en las sesiones celebradas y preparando la negociación de la próxima o próximas sesiones. Pero al lado de los asesores internos, y realizando esas mismas funciones posteriores y anteriores a las sesiones formales, sin concurrir a ellas, las negociaciones colectivas complejas requieren simultáneamente la actuación de «asesores externos».

Un porcentaje importante de estos asesores internos y externos son especialistas en Derecho del Trabajo y, en muchas ocasiones,

Abogados laboristas con experiencia en la creación de los derechos y obligaciones laborales entrelazados, en las empresas y sectores profesionales, de ámbito territorial variable, determinantes del funcionamiento del mercado de trabajo.

3. Quien no tenga experiencia en la aplicación de los convenios colectivos a las relaciones laborales no puede imaginarse en cuantas ocasiones se plantean problemas de interpretación sobre cláusulas convencionales que parecían no ofrecer problemas, algunas veces porque sus términos no son inequívocos, otras porque entran en colisión imprevista con regulaciones legales o, incluso, convencionales, y no excepcionalmente porque quedan afectadas, sobrevenidamente, por reformas legales imprevistas, o al menos no previstas, a la hora de cerrar el convenio colectivo.

En todos esos momentos la necesidad de contar con el Abogado laborista es indispensable y la función que desempeña en ese asesoramiento reviste actualmente una importancia primaria, que se reproduce cuando hay necesidad de afrontar los problemas no excepcionalmente aparejados a la naturaleza del convenio, a sus relaciones con otros acuerdos o pactos colectivos, a la denuncia del convenio, a sus prorrogas o a los efectos de la ultractividad sobre las cláusulas normativas, lo que inexcusablemente exige la delimitación *in casu* entre éstas y las cláusulas obligacionales, materia no definitivamente aclarada ni jurisprudencial ni, siquiera, doctrinalmente. Cualquier Abogado que haya desempeñado durante algún tiempo ese difícil asesoramiento, podría ofrecer ejemplos plurales y variadísimos de su experiencia que, en este punto, es incomparable con la práctica profesional de cualquier otro Abogado no laborista. Cabe decir que un Abogado con experiencia puede introducirse, asumiendo un esfuerzo mayor que el habitual, en un sector del ordenamiento estatal que no constituya su especialidad, pero esa reconversión debe descartarse a medio plazo si se

trata de pasar del asesoramiento legal al asesoramiento en el campo de la negociación colectiva.

4. Tanto si ha asesorado en la fase de negociación del convenio, como si no lo ha hecho, el Abogado laboralista desempeña habitualmente la función contenciosa de plantear procesos, u oponerse a ellos, tanto de conflicto colectivo, para la interpretación de las cláusulas convencionales, como de impugnación de convenio colectivo, para la extracción de su cuerpo normativo de aquellas cláusulas ilegales o lesivas para terceros. No es exagerado en este sentido afirmar que se trata de los dos procesos más intrincados de cuantos regula la legislación procesal laboral vigente, empezando por la abstrusa delimitación de uno respecto del otro.

Pero no todo se queda ahí, sino que la defensa de una u otra parte colectivas en estos procesos, exige del Abogado laboralista un especial esfuerzo de valoración global del ordenamiento laboral, pues las pretensiones hechas valer en ambos son irresolubles sin tener en cuenta los parámetros legales que determinan a la postre la estimación o desestimación de las demandas. A lo que se une el inhabitual esfuerzo de las vistas orales, ante los Juzgados o ante las Salas, con pluralidad de partes en cada una de las posiciones de demandante y demandado y, luego finalmente, la complejidad de los recursos de suplicación o de casación ordinaria, con un complejo entrecruzamiento de escritos de formalización y de impugnación que no se da casi nunca en los restantes procesos.

7.3. La evitación de los conflictos laborales

1. Pero con ser seña de identidad del Abogado laboralista la actuación en los procesos colectivos en los que se dictan las decisiones judiciales de mayor impacto, no puede dejar de señalarse como la más reveladora función vinculada al estilo de ejercicio profesional del

Abogado laboralista la que se endereza a conseguir la evitación de los conflictos individuales y colectivos, apurando las posibilidades que presta el marco legal en vigor.

2. En el caso de los conflictos individuales, el número de conciliaciones propiciadas por la voluntad negociadora de los Abogados laboralistas es revelador de su éxito en ese propósito, tanto ante el organismo administrativo establecido en cada Comunidad Autónoma, cuanto ante los Juzgados y Salas de lo Social en la instancia. El significativo porcentaje de las conciliaciones administrativas y judiciales es además síntoma de la relegación del propio interés en el ejercicio de la profesión, pues es norma que al trámite preceptivo de la conciliación judicial el Abogado concurra con el informe preparado para la celebración de la vista oral, y cuando busca y alcanza el acuerdo sabe que la compensación económica de su trabajo no será la misma que si el juicio se celebrara y resolviera por sentencia, pese a lo cual pesa más la ventaja de la solución amistosa del pleito que la minutación al cliente.

3. En los conflictos colectivos el Abogado laboralista padece de las limitaciones excesivas que los llamados procedimientos pacíficos de solución de controversias encuentran en el ordenamiento legal, empezando por una regulación entrecortada e insuficiente de los mismos, y aunque es jurídicamente posible su creación a través de la negociación colectiva -que el Tribunal Constitucional ha considerado no sólo compatible con la tutela judicial efectiva, sino beneficiosa para el sistema de relaciones laborales-, las restricciones siguen siendo intensas pues a falta de autorización legal expresa no pueden establecer siquiera reglas procesales vinculantes para los jueces.

Este panorama desalentador merma considerablemente la función efectiva de los Abogados laboralistas en la composición de los intereses contrapuestos, obteniendo resultados manifiestamente inferiores a los que se

obtienen en los conflictos individuales, sin duda porque en ese espacio de conflictividad se cuenta con criterios firmes y rotundos que tienen a sus espaldas más de medio siglo de rodaje, lo que demuestra que desterradas las vacilaciones y los temores legales el campo abierto al hacer pacificador de los Abogados laboristas podría arrojar sorpresas inesperadas, tan convenientes para los litigantes como para los jueces del orden social.

En verdad, de *lege data*, las actuaciones más destacables de los Abogados laboristas son las que se vinculan al asesoramiento de las partes en los preceptivos periodos de consulta que persiguen alcanzar soluciones concertadas en los supuestos típicos que el legislador ha establecido en los arts. 40, 41, 44.9, 47 y 51 LET, relativos a la movilidad geográfica, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a medidas proyectadas a la relación cedente-cesionario con ocasión de la transmisión o sucesión de empresa, a la suspensión de los efectos de las relaciones laborales y a los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

7.4. La intervención en los procedimientos administrativos especiales en materia laboral

1. A partir de 1958, el ordenamiento español acogió la especialidad de determinados procedimientos administrativos destinados a la tramitación de las «crisis laborales y económicas», a la imposición de sanciones por infracción de las leyes sociales y a la autorización a los extranjeros para residir y trabajar en España. Está fuera de lugar la menor profundización sobre la evolución de cada uno de esos procedimientos y sobre su régimen vigente, porque de lo que se trata es de reconocer la destacada intervención que en todos ellos han tenido siempre los Abogados laboristas, constituyendo una de sus funciones más características, en actuaciones a caballo

entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo e incluso a veces a caballo entre estos dos Derechos y el Derecho Penal, demostrando así el elevado nivel de versatilidad de la especialidad.

2. De esos procedimientos –modificados numerosas veces en su régimen legal pero conservando a través de los años transcurridos sus peculiaridades respecto del procedimiento administrativo común– el que queda más unido a la actuación de los Abogados laboristas es el que pone en funcionamiento a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para controlar el respeto a las leyes laborales y a los convenios colectivos, practicando requerimientos y levantando en su caso actas de infracción y actas de liquidación de cuotas del Sistema de Seguridad Social. Es en este ámbito donde se diferencia nítidamente la actuación de los Abogados laboristas cuando defienden intereses de clientes trabajadores o representantes legales y/o sindicales de aquéllos, por un lado, y, por otro, cuando defienden los intereses de clientes empresariales.

En el primer caso la actuación es de ataque, generalmente por medio de denuncias acerca de algún presunto incumplimiento del ordenamiento laboral. En el segundo la actuación es de contención, bajo argumentos no coincidentes con los aportados por el denunciante, con el objetivo de paralizar el requerimiento o de impugnar formalmente las actas que hayan iniciado su trámite.

En todo caso son hechos ajenos al hacer de los Abogados defensores de los intereses contrapuestos, la esfera de competencia restringida de los Inspectores de Trabajo, sujeta necesariamente a la calificación jurídica de los jueces y, desde otra perspectiva, el modo de desarrollar la función administrativa, tan profundamente variable según los casos y las cosas, incluyendo en ese saco heterogéneo conductas admirables y conductas rechazables, en la mayoría de las ocasiones por la afinidad partidista o sindical del funcionario y

del titular de la denuncia. En el supuesto de que existieran elementos de convicción suficientes para atribuir generalidad a actuaciones inspectoras directamente encaminadas a arropar por vía de requerimiento, no seguido de acta de infracción, el ejercicio de una posterior acción judicial, la repulsa del Abogado laboralista no podría diluirse en consideraciones de orden alguno, siendo como es el principio inspirador de la profesión la objetividad y la paridad de armas cuando se plantea y se dilucida un conflicto de intereses.

* * *

Ni superior ni inferior a otras especialidades jurídicas, la que adorna a los Abogados

laboralistas ha ganado carta de naturaleza en la aplicación contemporánea del Derecho que, en buena parte, es normativa destinada a gobernar la actividad profesional de las grandes masas que constituyen la población activa. Cercano a los 102 años, el poeta burgalés Victoriano Crémer escribía que ... *«todos los días pasan por delante/del mundo,/están en él y no lo saben»* ... lo que interpretado en su abstracción vale igual para las cosas y para las personas, para los hechos y para los dichos, y para que no deje de saberse que los Abogados laboralistas han merecido un puesto destacado en la aplicación del Derecho del trabajo.

RESUMEN La función de los Abogados en la aplicación del Derecho ha tenido una significación fundamental desde los más remotos tiempos. Los hombres de leyes no han sido únicamente los creadores de sus textos normativos, ni los estudiosos de sus recovecos técnicos, sino también quienes han volcado sus condiciones retóricas, su habilidad dialéctica y sus conocimientos jurídicos en la defensa de los intereses de las personas que, buscando su satisfacción, confiaron en ellos con ese propósito. Lógicamente el modo de desempeñar la abogacía ha cambiado con el transcurso de los siglos, pero la función ha sido siempre la misma, la asunción como propio del interés ajeno para hacerlo prevalecer sobre otros enfrentados.

Siendo la suya una función excelsa y altruista, por encima de casi todas las demás artes liberales, los abusos cometidos por profesionales sin escrúpulos ha contribuido a la mala prensa de la profesión, denostada a la vez por los grandes creadores literarios y por la gente del pueblo, que en sus refranes y en su modo de hablar ha situado a los Abogados en un lugar manifiestamente impropio. De ahí la responsabilidad de cada Abogado por contribuir a poner las cosas donde deben estar, para lo que no se necesita una especial sabiduría, ni el mérito de la heroicidad, y menos todavía la demostración de facultades mágicas, sino exclusivamente la actuación honrada, traducida en las reglas de oro del ejercicio profesional: no anteponer el interés propio al interés del cliente, guía a su vez de comportamientos rechazables, como el de ofrecerle resultados que razonablemente deben descartarse como posibles para animarle a litigar; no minutar al cliente sino la cantidad que corresponda a la dificultad del trabajo, y siempre bajo presupuesto invariable ofrecido a, y aceptado inicialmente por, quien ha de abonar los honorarios; no improvisar la defensa confiando en la experiencia, en la suerte o en la ayuda ajena, cuando no en la presunta debilidad del contrario, que merece siempre el mayor respeto profesional; no forzar la interpretación de las normas legales más allá de lo que permiten los principios y los valores universalmente aceptados, sobre derechos humanos y libertades públicas, generalmente reflejados en la Constitución propia; y, en último término, no buscar caso por caso recomendaciones ajenas conforme a una descarada política de influir con cualquier tipo de incentivos o ventajas en las personas que han de resolver la contienda que se debate, tentando ilícitamente la neutralidad de los poderes públicos.

Seguramente así se hará bueno el feliz elogio que allá por el siglo XIV expresaba el Arcipreste de Hita haciendo decir a uno de sus personajes ... *«mas éste vos defendrá de toda esta contienda/sabe mucho de pleitos e sabe de leyenda/ayuda e defiende a quien se le encomienda/si él nos vos defiende, non sé quién vos defienda» ...*

El abogado laboralista no es, lógicamente, un Abogado distinto de los que practican otras especialidades y, tras la recuperación de la libertad sindical y de todas las grandes libertades y derechos fundamentales, con la Constitución de 1978, la distinción entre estos Abogados y los demás no tiene razón de permanecer y tampoco la reserva del adjetivo para quienes se dedican a defender los intereses de los trabajadores y de sus representantes legales. Más correctamente habrá que entender que «laboralista» es el especialista (profesor, funcionario o profesional) en Derecho del Trabajo o en alguna de sus muchas partes o segmentos y Abogado laboralista el que defiende intereses de parte fundamentados en el Derecho del trabajo, sean tales intereses unos u otros. Dicho esto, debe añadirse que la relevancia de la función de los Abogados laboralistas en la aplicación del Derecho del Trabajo es absolutamente protagonista, aunque haya que lamentar una intervención insignificante de los mismos en la preparación y confección técnica de las leyes, lo que se compensa por su destacada intervención en la elaboración e interpretación sobrevenida de los convenios colectivos, en los que se contienen, directa e indirectamente, las condiciones efectivas de trabajo de la mayor parte de los ciudadanos de cualquier país desarrollado.

Es asimismo relevante en el hacer de los Abogados laboralistas la evitación de un alto porcentaje de conflictos individuales y, en menor medida, colectivos, por la insuficiente regu-

lación de los procedimientos de composición adecuados, contribuyendo asimismo a equilibrar la función de control ejercida por los Inspectores de Trabajo, que los Abogados laboristas provocan y contienen simultáneamente. Por ello mismo, ni superior ni inferior a otras especialidades jurídicas, la que adorna a los Abogados laboristas ha ganado carta de naturaleza en la aplicación contemporánea del Derecho que, en buena parte, es normativa destinada a gobernar la actividad profesional de las grandes masas que constituyen la población activa. Cercano a los 102 años, el poeta burgalés Victoriano Crémer escribía que ... «*todos los días pasan por delante/del mundo,/están en él y no lo saben*» ... lo que interpretado en su abstracción vale igual para las cosas y para las personas, para los hechos y para los dichos, y para que no deje de saberse que los Abogados laboristas han merecido un lugar destacado en la puesta en práctica de ese Derecho que hemos bautizado concertadamente como del trabajo y de los trabajadores de todas clases.

ABSTRACT The role of lawyers in the enforcement of the Law has been of the utmost significance from time immemorial. Lawmen have not just been the creators of their legal texts, or the scholars of their technical ins and outs, but they have also contributed their rhetorical skills, their dialectic abilities and their legal expertise in the defence of the interests of people who bestowed upon them the fulfilment of their needs. It is obvious that the legal profession has changed over the centuries but the responsibility has stayed the same, assuming the interests of others as one's own to prevail over the opposing party.

Being a sublime and altruistic role, well above most of the other liberal arts, the abuses committed by unscrupulous professionals have contributed to the profession's bad image, denigrated both by the great literary creators and by the people, in whose sayings have relegated lawyers to a clearly im-proper position. Hence, the responsibility of every lawyer to contribute and put things in order, for which neither a special wisdom is needed nor the merit of heroism, much less magical skills, but just an honest performance, which is translated into the golden rules of the profession: do not place your own interest in front of the client's –which in turn serves as a guide for unacceptable behaviour, such as promising certain outcomes that should logically be ruled out as unlikely in order to encourage him to litigate–; do not charge your client but an amount matching the difficulty of the work and within an invariable budget that has been offered to and initially accepted by that who will pay; do not improvise your defense by trusting your experience, good luck or the help of others, or the presumed weakness of the other party, who always deserves the utmost professional respect; do not push the legal interpretation beyond what the universally accepted principles and values allow about human rights and civil liberties, which are generally reflected in the Constitution; and, lastly, do not try to obtain, on a case per case basis, a recommendation out of a blatant design to influence, with any kind of incentive or benefit, those who will solve the conflict, illicitly tempting the neutrality of the public powers.

By following the above rules, the tribute paid by one of Arcipreste de Hita's characters around the fourteenth century will become true: (...) *mas éste vos defendrá de toda esta contienda/sabe mucho de pleitos e sabe de leyenda/ayuda e defiende a quien se le encomienda/si él nos vos defiende, non sé quién vos defiende* (...).

The labour lawyer is, obviously, not a different lawyer from those who practice other specialities. After the reinstatement of the freedom of association and all great fundamental rights and freedoms with the 1978 Constitution, there is no reason for the distinction between labour lawyers and other lawyers to remain, as well as to reserve the use of the adjective «labour» for those who defend the workers' interests and their legal representatives. «Labour» will have to be more properly understood as the specialist (i.e. professor, civil servant, professional) in Labour Law, or in any of its many spheres and parts, while a labour lawyer will be the person who defends the parties' interests based on Labour Law, whatever those interests may be. Having said that, it must also be added that the relevance of the role of labour lawyers in the enforcement of Labour Law is paramount, although their insignificant participation in the writing and technical

preparation of legislation is to be regretted. This is compensated by their important intervention in the writing and interpretation of collective agreements, which include, directly and indirectly, the effective conditions of labour of the majority of the population in any developed country.

It is also relevant that labour lawyers try to avoid a high percentage of individual conflicts and, to a lesser extent, of collective conflicts, because of the insufficient regulation of the proper composition procedures, thus contributing to balance the control role performed by labour inspectors, which labour lawyers both cause and contain simultaneously. That is why, not higher and not lesser than other legal specialities, labour lawyers' expertise has become of age in the contemporary implementation of the Law, which is, to a large extent, the legislation devoted to rule the professional activity of the masses who give form to the active population. The poet from Burgos, Victoriano Crémer, wrote when he was almost 102: (...) *todos los días pasan por delante del mundo, / están en él y no lo saben* (...). If this is interpreted in its abstraction, it can be applied both to things and to people, to what it is said and done, and it serves to let it be known that labour lawyers have deserved a distinguished place in the implementation of the Law that we have agreed to name as labour and belonging to workers of all walks of life.

La función del Graduado Social en la aplicación del derecho del trabajo

EVA TORRECILLA HERNÁNDEZ*

Estamos en lo que aún podemos calificar como una profesión joven, han pasado tan solo cincuenta y tres años desde su creación, pero a pesar de ello, podemos hablar de una profesión madura, reconocida y valorada.

Para conocer la función del Graduado Social en el Derecho del Trabajo, debemos centrarnos en su historia, analizando por un lado nuestros estudios y por otro nuestra profesión, situando y evaluando correctamente, la necesidad de demanda que tenía la sociedad de nuestros servicios y conocimientos, para luego entender la función y el posicionamiento del Graduado Social en el mundo del Derecho del Trabajo.

La demanda formativa y la demanda profesional, que fueron caminando, cada una por su lado, convergen en el momento de la creación de los Colegios Profesionales, con la aprobación de sus reglamentos y estatutos, abriendo desde ese momento, un nuevo espacio, donde se fomenta por un lado, la forma-

ción de los colegiados y por otro, su posición y reconocimiento como profesionales.

Los estudios de Graduado Social, nacieron en el año 1925, hace casi ochenta y cinco años, estudios que permitieron que los Graduados Sociales, con sus reivindicaciones y esfuerzos consiguieran que en el año 1956, poco más de cincuenta años, se aprobara la orden de la Creación de Colegios profesionales, y por lo tanto, el establecimiento de nuestra Profesión.

La efemérides de estos primeros cincuenta años, se celebró en el año 2006, tanto a nivel provincial, realizando los Colegios Profesionales en sus respectivas provincias, gran cantidad de actos, jornadas y publicaciones, que conmemoraron este acontecimiento; como a nivel nacional, siendo en este caso el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, el promotor de dichos actos y publicaciones.

El mérito de nuestro colectivo es haber conseguido en estos años de andadura, afianzarse profesionalmente en la esfera de lo social, tanto en el asesoramiento y gestión de los Recursos Humanos, la aplicación del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social,

* Graduado Social. Vicepresidenta del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid.

como en la representación técnica en la Jurisdicción de lo Social, consiguiendo el reconocimiento a su labor y profesionalidad, entre trabajadores, empresas, Organismos, Instituciones, Administración y Judicatura.

Igualmente se ha consolidado profesionalmente en asesoramiento y gestión, en materias fiscales, contables y tributarias, para dar respuesta a la demanda de los clientes que solicitan este tipo de servicios, sin olvidar la labor que realizan Graduados Sociales, como trabajadores en los departamentos de recursos humanos, financieros y administrativos de de las empresas.

También ha sabido encontrar su posición y espacio universitario, alcanzando una titulación propia: Diplomatura en Relaciones Laborales; que ahora con la adecuación de los estudios universitarios al Tratado de Bolonia, se ha conformado y reconocido por el Ministerio de Educación, en Título de Grado de Relaciones Laborales y Recursos Humanos.

Las asignaturas troncales en las que se centran nuestros estudios, son el Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Ley de Procedimiento Laboral, Ley de Enjuiciamiento Civil, Economía, Seguridad e higiene (ahora Prevención de Riesgos), las relaciones en el mundo de la Empresa y de los Recursos Humanos; todas ellas bajo el contexto de una formación específica, que permite que los Diplomados en Relaciones Laborales, en un futuro Titulados de Grado, cuando finalizan sus estudios, estén preparados y cualificados, para desarrollar profesionalmente sus conocimientos como Graduados Sociales, al colegiarse en sus respectivos Colegios.

LOS ESTUDIOS DE GRADUADO SOCIAL, DIPLOMADOS EN RELACIONES LABORALES Y TÍTULO DE GRADO:

Nuestro nacimiento como Graduados Sociales, se remonta en su fase formativa a

principios del siglo pasado (1925). En esos momentos, Europa se reponía de su Primera Guerra Mundial, y España vivía políticamente una sucesión de gobiernos de ideología liberal y conservadora, junto con los inicios de la industrialización; el nacimiento de esta nueva estructura sociolaboral, con su problemática, cambios sociales y culturales, preocupaba a la clase política, ya se habían dado muestras incipientes de estos movimientos, justo con el inicio del siglo, año 1900, con la publicación de la conocida «Ley Dato» que buscaba un campo normativo para la cobertura de Accidentes de Trabajo.

El Marqués de Comillas, Gumersindo de Azcárate, Ros de Olano, Eugenio D'ors, entre otros representantes del mundo político, social y cultural de estos inicios del siglo XX, fueron preparando el terreno y la semilla, para que existiera una corriente y necesidad de demanda formativa, en materias sociolaborales. Estas ideas fueron recogidas por el Vizconde de Eza, D. Luis de Marichalar, que consiguió que en un Real Decreto, se promulgara el inicio los primeros cursos y estudios que dieron lugar, a que en 1924, se constituyera la Sección de Cultura Social dentro del entonces Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria, hasta que el 17 de Agosto de 1925, el que fuera Ministro de Trabajo D. Eduardo de Aunós Pérez, creó las Escuelas Sociales del Ministerio de Trabajo, recogidas en un Real Decreto de Su Majestad Alfonso XIII.

El fin principal de aquellas primeras Escuelas Sociales, era el formar a los funcionarios públicos de la Administración en materias de política social, economía y legislación.

Estos estudios fueron evolucionando y teniendo una mayor demanda social, por lo que en 1930, se amplían los mismos, buscando una especialización en el mundo del Derecho del Trabajo, a partir de entonces los alumnos que los impartían, recibían un Diploma de Grado Superior, en vez del Certificado que se emitía hasta ese momento. Esta

especialización de estudios, contribuyó que en el año 1940, se confirmara el carácter oficial de los estudios impartidos en las Escuelas Sociales, facultándolas para expedir títulos de Graduado Social.

Estas Escuelas Sociales, que fueron el germen de los futuros Graduados Sociales, nacieron y vivieron bajo el espíritu social y humanístico que imperaba en España, tuvieron la suerte de contar con un gran elenco de profesores, que han sido a su vez, personalidades con un gran prestigio social, político y académico, entre ellos, podemos mencionar a: D. Francisco Aguilar y Paz, D. Eugenio Pérez Botija, D. Antonio Ruiz Jarabo, D. Marcelo Catalá, D. Carmelo Viñas Mey, D. Mariano González Rothvoss, D. Manuel Alonso Olea, D. Eugenio D'ors....

Nos gustaría poder mencionar y relacionar a todos los profesores, si así se hiciera agotaríamos el espacio concedido para este artículo, pero obligado es, desde estas líneas, reconocer su mérito y profesionalidad y el agradecimiento de nuestro colectivo hacia ellos, pues consiguieron transmitir al Graduado Social la conciencia de vocación y servicio a la sociedad y al mundo del Trabajo, como profesionales en dichas materias, y así ha sido desde el inicio de los estudios y de la toma de conciencia como Profesión, muestra de ello, es el emblema que acompaña a nuestro Escudo Profesional : «Justicia Social».

La evolución de los estudios de Graduado Social en las Escuelas Sociales, como ya hemos relatado, su gran demanda y el saber adaptar los mismos a las necesidades sociales y culturales, consiguieron que se transformaran académicamente, pasando de ser una titulación tutelada por el Ministerio de Trabajo, a una titulación universitaria, recibiendo el nombre de Diplomado en Relaciones Laborales.

Este deambular normativo, lo podemos resumir a grandes rasgos y en fechas concretas:

- Año 1925, Creación de las Escuelas Sociales, dependientes del Ministerio de Trabajo.
- Año 1967, aprobación mediante Orden Ministerial, por la que se combinaba en los planes de estudios el conocimiento jurídico laboral y el económico, centrado en la organización de la empresa y dirección de personal.
- Año 1980, se publica el Real Decreto 921/80 de 3 de Mayo, que estableció las enseñanzas de Graduado social como especializadas y por lo tanto se las reconoció asimilándolas, al título de Diplomado universitario.
- Año 1990, publicación del Real Decreto 1429/90 de 26 de octubre, que estableció el título universitario de Diplomado en Relaciones Laborales y las directrices de sus planes de estudios, a los que fueron hasta entonces los estudios de Graduado Social.
- Año 1999, el Real Decreto 1592/99, estableció el Título de Licenciado en Ciencias del Trabajo, siendo éste, la salida directa de la Diplomatura para obtener la licenciatura Universitaria.

En estos momentos, no podemos dejar cerrado ni valorado el futuro de nuestros estudios, esta vez, unido al de otros muchos, por la adaptación que han tenido que realizar todas las enseñanzas universitarias a los nuevos planes de estudios que exige el Tratado de Bolonia, donde todas las titulaciones se consideran Títulos de Grado y las especialidades y conocimientos específicos, se han de conseguir mediante la realización de títulos de post-grado y el carácter investigador de los mismos por medio del Doctorado.

A partir de ahora, tal y como recoge el informe de la ANECA, y el Ministerio de Educación, los estudios de Diplomado en Relaciones Laborales, pasan a ser Título de Grado en Relaciones Laborales y Recursos

Humanos, si bien, algunas Universidades han cambiado o modificado este nombre, por ej. La Universidad Carlos III, lo denomina Título de Grado en Relaciones Laborales y Empleo.

Este nuevo plan de estudios, establece que el nuevo Título se ha de realizar en 4 años (240 créditos) y las materias formativas troncales siguen siendo el Derecho del Trabajo, Derecho Sindical, Administrativo, Prevención de Riesgos, Seguridad Social, estableciéndose según los planes formativos, en estos nuevos créditos europeos, prácticas específicas con el fin de dotar a los alumnos de los conocimientos que la profesión precisa, para ello, es necesario el apoyo y colaboración de los Colegios Profesionales de Graduados Sociales, que deben velar, para que la formación no pierda calidad y sea acorde a las competencias de nuestra profesión.

La labor que ahora se abre en los Colegios Profesionales, se centra en la vigilancia y verificación de la formación universitaria, bajo las competencias profesionales que tenemos reconocidas, así como de verificar la formación y conocimiento de los nuevos Titulados de Grado, cuando se colegien como Ejercientes, para lo cual las Escuelas de Prácticas de los Colegios, tendrán un protagonismo específico, realizando una labor formativa concreta y especializada en nuestras competencias profesionales.

LA PROFESIÓN DE GRADUADO SOCIAL:

Los Graduados Sociales, no solo evolucionaron en su carácter formativo, siempre centrado en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como ya hemos visto, si no, que también supieron crecer profesionalmente, pues esos primeros alumnos, sintieron la necesidad de agruparse y organizarse como colectivo, para solicitar y conseguir una mayor reconocimiento de su labor, como técnicos y especialistas en materia laboral y de Seguridad Social, es decir en la esfera del

Derecho del Trabajo, organizando así mismo, estatutariamente la profesión que estaba naciendo.

Toda esta labor y esfuerzo, no se ve recompensada hasta el año 1956, concretamente el 30 de Octubre, fecha en la que se aprueba la Creación y el Reglamento de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, mediante una orden comunicada, creándose inicialmente los Colegios de Andalucía, Cantábrico, Castilla, Cataluña y Baleares, Extremadura, Galicia, Levante y Málaga.

Más adelante se publicarían los Estatutos que regularían nuestra profesión y el funcionamiento de los Colegios, así como sus códigos deontológicos, y la creación del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

La evolución desde entonces en los Colegios Profesionales de Graduados Sociales, ha sido continua, por un lado adaptándose a la normativa que se ha ido promulgando, y por otro a los cambios políticos y de traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas. Ejemplo de ello, ha sido la adaptación al ámbito territorial de dichos Colegios, pasando de los siete iniciales, a los cuarenta y dos Colegios existentes hoy en día, aún existen Colegios que tienen más de una demarcación provincial dentro de su ámbito geográfico.

Con la configuración de nuestro estado político en Comunidades Autónomas, los Colegios profesionales, tuvieron que adaptarse a la nueva estructura, creándose a su vez, los Colegios Autonómicos. Por lo tanto la estructura Colegial en nuestra profesión actualmente, es la de Colegio Provincial, Colegios Autonómicos que agrupan los Colegios Provinciales de la Comunidad Autónoma y el Consejo General de Colegios, como representante máximo de todos los Colegios.

Igualmente, dentro del ejercicio de nuestra profesión, con la entrada en vigor del Decreto de 22 de Diciembre de 1950, por la

que se establece la Colegiación obligatoria, se establecieron diferentes categorías de colegiación, siendo estas: *la de Colegiado no ejerciente, Colegiado Ejerciente (Libre o de Empresa) y Colegiado Numerario (aquel que una vez jubilado profesionalmente, no quiere perder el contacto con la profesión y su Colegio)*.

La labor del Graduado Social en sus inicios como hemos dicho, estaba centrada en las tareas que realizaban los funcionarios de la Administración, pero la especialidad de sus estudios y la tutela del Ministerio de Trabajo, fueron conformando tanto las salidas profesionales a este colectivo, como su ámbito de actuación hacia el mundo de la empresa y las relaciones de trabajo.

Los inicios de nuestra profesión, remontan al año 1931, cuando se aprueba mediante Decreto, el Texto Refundido de la Legislación sobre Jurados Mixtos, que recoge que «los Graduados Sociales son profesionales capacitados para acceder a puestos de Secretario y Vicesecretario».

- En 1935, el Ministerio de Trabajo, reconoce dicha titulación para opositar al cuerpo de Inspectores-Delegados de Trabajo, y el Mérito Preferente para desempeñar cargos en el Ministerio de Trabajo.
- En 1938, se crean las Magistraturas de Trabajo, pero al no reglamentarse un procedimiento laboral específico, se mantiene aún vigente en los años 1940, el Código de Trabajo, cuyo artículo 453 indicaba: «*que la representación de las partes en litigio, podía ser llevada por cualquier persona que gozara de sus derechos civiles*», estando presentes en esta representación los Graduados Sociales.
- En 1945 el entonces Ministerio de Trabajo, reconoció el derecho de los Graduados Sociales para ejercer la repre-

sentación ante las Magistraturas de Trabajo, en procedimientos iniciados de oficio.

- Con la finalización de la Guerra Civil, dentro del modelo que permitía el Fuero del Trabajo y las Leyes Fundamentales del Estado, se inicia una cultura de negociación colectiva en sindicatos unitarios, vigilados y estructurados por el Estado, nada tiene que ver la entonces Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1958, con la actual legislación en materia sindical, en negociación colectiva, en representación de trabajadores y en la organización y funcionamiento de los Sindicatos.

En esta fase, los Graduados Sociales, mantuvieron un papel importante y activo, como asesores de las partes, por los valiosos conocimientos que tenemos en materia laboral, que permitían una correcta interpretación y asistencia técnica en el conflicto donde participaban.

Situación que se mantuvo hasta 1976, cuando se desmantelaron los sindicatos verticales y se ratificaron diferentes Convenios de la OIT sobre materia de derechos en negociación colectiva y libertad sindical.

- En 1950, por Decreto, se reconoce: «*la necesidad de tener especialistas en la gestión de los problemas de índole social, bien realizada a favor de particulares, bien al servicio de empresas y entidades*». Nuestros Estatutos recogían que las funciones de nuestro colectivo eran «*el asesoramiento, gestión y representación, sin necesidad de apoderamiento especial de las empresas y particulares en cuantos asuntos sociales les fueran encomendados ante los organismos dependientes del Ministerio de Trabajo, a excepción de los jurisdiccionales, o en cualesquiera otros que, por razón del asunto de que se trate, pudieran*

guardar relación con la esfera social». Éramos, por lo tanto, los especialistas idóneos para cubrir esta necesidad social.

- En 1958, se aprueba el Primer Texto Refundido del Procedimiento Laboral, que permite la actuación, eso sí limitada, de los Graduados Sociales en la jurisdicción de lo social.
- En 1958, se publica también, la Orden de 29 de mayo, que reconoce a los Graduados Sociales, como Habilitados de los Trabajadores para gestionar y realizar el cobro de prestaciones de la Seguridad Social.
- En 1961, se publica la Orden de 13 de marzo, que regula los cometidos del Graduado Social en las empresas, asignándoles entre otras, la función de instruir al personal y de desempeñar cargos de índole técnico-social, indicando que : *«es el técnico que en posesión del título oficial correspondiente, realiza en una empresa o en varias, funciones de organización, control y asesoramiento en orden a la admisión, clasificación, acoplamiento, instrucción y retribución del personal; horarios de trabajo y regímenes en el mismo, descanso, seguridad, economatos y comedores, indumentaria, previsión social, esparcimiento del personal y, en general, sobre aplicación de la legislación social, sirviendo así bien a la eficacia de las obras y actividades encaminadas en la empresa y de aquellas otras destinadas a mejorar las condiciones de vida del trabajador y su familia».*
- En 1962, con la creación de los Jurados de Empresa, el papel que realizaron los Graduados Sociales, en labores de asesoramiento, de transmisión de sugerencias e ideas de los trabajadores a los órganos de dirección de las empresas, en la participación y toma de decisiones, fue muy importante y reconocidas, dentro de la coyuntura económica y social que se debatía en esa época.
- En 1964, mediante el Decreto 3501/64, se indica que las funciones de los Graduados Sociales en Ejercicio, son entre otras: *«la intervención profesional, estudiando y emitiendo dictámenes e informes en cuantas cuestiones de materia laboral y social les sean sometidos, asesorar y representar, así como gestionar en nombre de las empresas, entidades, trabajadores y particulares, en materia laboral, de seguridad social, empleo y migraciones».*
- En 1966, se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, estableciendo su artículo 134, *«que los Graduados Sociales Colegiados, podían asumir la representación de mas de diez trabajadores ante las Magistraturas de Trabajo»*, reconociendo con ello, la profesionalidad llevada por nuestro Colectivo y su alto nivel de especialización.
- En 1971, con la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, vigente hasta la promulgación de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, permitió que los Graduados Sociales realizaran una gran labor en este marco de la prevención, en la información y transmisión de las normas y medidas a adoptar por la empresa y los trabajadores en esta materia.
- En 1972, se publica el primer Convenio Colectivo Sindical Provincial de Madrid para despachos de Graduados Sociales.
- En 1973, El texto Refundido del Procedimiento Laboral, ratifica las funciones jurídicas que tenemos reconocidas en el ámbito de la jurisdicción de lo social.
- En 1980, la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/80, reconoce la figura del

Graduado Social Colegiado en los procedimientos laborales y de Seguridad Social, para poder representar a las partes.

- En 1980, Se aprueba un nuevo texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto Legislativo 1568/80, que mantiene la representación del Graduado Social en los procedimientos iniciados de oficio y que afecten a más de 10 trabajadores.
- En 1985, se aprueba la Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical, reconociendo la facultad de los Graduados Sociales en el asesoramiento y mediación en la negociación colectiva estatutaria como extraestatutaria.
- En 1985, la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, establece en su artículo 545 punto 3, que ... *«En los procedimientos laborales y de Seguridad Social la representación técnica podrá ser ostentada por un graduado social colegiado, al que serán de aplicación las obligaciones inherentes a su función, de acuerdo con lo dispuesto en su ordenamiento jurídico profesional, en este título y especialmente en los artículos 187, 542.3 y 546 de esa Ley.»*
- En 1990, se aprueba el Decreto Legislativo 521/90, de La Ley de Procedimiento Laboral, cuyo artículo 18, reconoce al Graduado Social Colegiado, la representación y comparecencia a las partes en los procedimientos judiciales.
- En 1995, el Real Decreto Legislativo 2/1995, de la Ley de Procedimiento Laboral, sigue manteniendo la representación de los Graduados Sociales Colegiados, en los procedimientos judiciales, indicando su artículo 18: que *«Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a procurador, graduado social colegiado o*

a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de su derechos civiles.....»

- En 2003, la Ley de Procedimiento Concursal 22/2003, reconoce la capacidad de la actuación y representación de los Graduados Sociales ante los Juzgados de lo Mercantil, pues hace mención al reconocimiento que tenemos legislado en la vigente Ley de Procedimiento Laboral; en su artículo 184.6 ... *«lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido para la representación y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los Graduados Sociales y a los Sindicatos,»*. Igualmente se hace referencia a nuestro colectivo, para poder ser llamados por los Juzgados en calidad de peritos en materia Laboral y de Seguridad Social.
- En 2009, Se publica la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1 de Julio, y que recoge la representación técnica de los Graduados Sociales, para firmar y presentar los Recursos de Suplicación ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

El conseguir la posición, el reconocimiento, las competencias y funciones del actual Graduado Social Colegiado, no ha sido fácil, nuestra actividad profesional que abarca principalmente el Mundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el asesoramiento, la gestión y la representación técnica ante la jurisdicción social, gestión de Recursos Humanos, así como otras actividades dirigidas al asesoramiento a empresas en materia fiscal, tributaria y contable, ha vivido momentos críticos con otras profesiones, como las de abogado, procuradores y gestores administrativos, que entendían que las expectativas de los Graduados Sociales,

podrían ir en contra de sus intereses, y no querían el posicionamiento competencial de nuestra profesión. Estas diferencias, se han ido solucionando, en ocasiones por el propio desarrollo democrático de nuestra sociedad; en otros, mediante sentencias, que después se han ido incorporando a la Legislación, y en otros por la aplicación directa de la normativa que se ha ido aprobando.

De estas situaciones, hay que realizar siempre una lectura positiva, pues lo que se ha conseguido es enriquecer por un lado a la Sociedad y dotarla de verdaderos profesionales para cada materia y competencia de actuación y por otro, al mundo del Derecho del Trabajo, por los diferentes puntos de vista y soluciones, que se han producido con la existencia de diferentes profesiones jurídicas, todo ello, sin olvidar, la función de los Colegios y Consejos Profesionales, que en su labor de vigilancia y evolución de las profesiones, han tenido que mantenerse activos, centrandó sus trabajos en la concreción de las competencias y ámbitos profesionales y el desarrollo y colaboración entre las diferentes profesiones.

Hoy en día, los Gestores Administrativos, Abogados y Procuradores junto con los Graduados Sociales, saben cual es el límite y alcance competencial de cada profesión, esta concreción se ha llevado a cabo dentro del sistema democrático, de la aplicación de nuestra Constitución y de los reglamentos que recogen las competencias de las diferentes profesiones.

La aportación del Graduado Social, trabajando por y para que los derechos sociolaborales de los trabajadores se aplicaran en todas las esferas del mundo del trabajo, junto con los cambios legislativos que se llevaron a cabo con la entrada de la democracia, convenios de la OIT y Derecho Comunitario, dirigidos a la consecución de derechos específicos laborales, contribuyó a que esta materia del Derecho, tomara protagonismo propio, pasando de ser una rama del Derecho de carácter secun-

dario y derivada de la aplicación del Derecho Civil, a una materia con personalidad propia, legislación específica, con medios y métodos de actuación dirigidos a la interrelación social y laboral entre los trabajadores y las empresas.

Materia específica que ha sido reconocida socialmente, tanto por trabajadores, empresarios, Administración, Poder legislativo y Judicial, sin olvidar al Colectivo de Abogados, que han entendido la importancia de esta rama del Derecho, realizando por parte de sus Colegios una labor de fomento del Derecho del Trabajo, mediante cursos formativos específicos en esta materia y su aplicación en el mundo de la empresa y por parte de los propios abogados, creando asociaciones de abogados laboristas, e incluso estableciendo despachos especializados en el mundo laboral y empresarial, al igual que lo hicieron nuestros profesionales Graduados Sociales.

Grandes personalidades del mundo jurídico, Catedráticos, Doctores, Licenciados en Derecho, Abogados, han cursado también los estudios de Graduado Social o Diplomado en Relaciones Laborales, para conseguir una verdadera especialización y conocimiento en la materia del Derecho del Trabajo y Seguridad Social y el mundo empresarial, procediendo a su vez a Colegiarse como Graduado Social, como ejemplo podemos mencionar a:

D. Manuel Alonso Olea, conocido sobre todo como Maestro y Profesor, Doctor Honoris Causa en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, profesor honorario y/o extraordinario, así como Catedrático de diferentes Universidades, investigador, Académico, autor de infinidad de publicaciones y libros, y que reconoció la labor de los Graduados Sociales en diferentes foros, indicando *«que suponen un capital humano indispensable en la vanguardia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social»*.

D. Manuel Iglesias Cabero, conocido jurista, profesor, autor de numerosas publicacio-

nes, libros y gran conferenciante, trabajando, colaborando y formando a nuestro Colectivo, apoyando en todo momento la labor del Graduado Social, Magistrado en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la actualidad Magistrado Emérito del Tribunal Supremo.

D. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, jurista, profesor, Magistrado del Tribunal Supremo y Abogado General en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, su trayectoria profesional, ha estado muy vinculada a nuestro Colectivo, manteniendo una colaboración activa desde Luxemburgo y participando en numerosas conferencias y ciclos formativos sobre Derecho Comunitario, falleció el pasado día 12 de Noviembre de 2009 y como recuerdo a su Persona, el Colectivo de Graduados Sociales queremos plasmar en estas líneas, nuestro agradecimiento por la colaboración académica y reconocimiento que hizo siempre públicamente de nuestra profesión, y que así lo plasmaba en la práctica, pues mantuvo su colegiación como Graduado Social.

El establecimiento de las competencias profesionales del Graduado Social, vivieron momentos de discrepancias con otras profesiones, que conviene recordar, para así cumplir históricamente con los logros obtenidos por nuestra profesión y el resultado de las mismas.

- Con la habilitación reconocida en 1958 para nuestro colectivo, los Gestores administrativos, plantearon la reclamación administrativa, por entender que era competencia de ellos, esta reclamación se resolvió mediante Sentencia de 26 de Noviembre de 1959, de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que consideró ajustado a derecho la facultad de los Graduados Sociales, para ser habilitados de la Seguridad Social, para gestionar y cobrar las pensiones de los trabajadores conforme establecía la Orden de 29 de Mayo de 1958.

Con las reformas en la Seguridad Social, por el que se creaba un sistema de pago de cuotas por parte de trabajadores y empresarios, que recibieron el nombre de seguros sociales, los Graduados Sociales adquieren una posición relevante, pues son los profesionales que han sido formados en estas materias de seguridad social, estando preparados profesionalmente para realizar dicho cometido, no obstante, los Gestores Administrativos, reclamaron esta competencia, quedando cerrada esta discrepancia entre las dos profesiones, por Sentencia de fecha 1 de Febrero de 1962, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que ratificó como función exclusiva de los Graduados Sociales, la formalización de los impresos de liquidación de los seguros sociales, así como la tramitación de los expedientes, prestaciones por incapacidad, pensión de jubilación, viudedad, orfandad, natalidad, etc.

Este fallo de la Sentencia mencionada, dio lugar a la aprobación del Decreto 1531/65 de 3 de junio, de concurrencia de atribuciones de los Gestores Administrativos y Graduados Sociales, permitiendo desde entonces, una convivencia y colaboración entre ambas profesiones hasta hoy en día, donde además muchos Graduados Sociales son a su vez Gestores Administrativos y viceversa.

- Tampoco podemos olvidar la pugna y diferencias surgidas con la profesión de Abogado y sus órganos de representación, si nos remontamos al año 1958, cuando se aprobó el primer texto refundido de procedimiento laboral, en las Magistraturas y Tribunales Centrales de Trabajo, que reconocía el carácter jurisdiccional en los procesos de oficio, cuando afectaran a más de diez trabajadores, pudiendo designar en estos casos,

un representante que atendiera las diligencias que se fueran a llevar a cabo, pudiendo ser este representante, un Graduado Social.

Al no recogerse esta facultad de representación en los procesos ordinarios, y tras las reclamaciones de nuestro colectivo, pues en un principio estaba previsto, que así se recogiera en dicho texto; el legislador, procedió en la corrección de errores, a incluir la figura del Graduado Social, como representante en los procedimientos ordinarios. Esta actuación realizada en la redacción de la corrección de errores, es la que fue recurrida por el Consejo General de Colegios de Abogados de España, sentenciando la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la anulación de la redacción dada, por entender que esta nueva adición no se podía realizar por una mera corrección de errores, si no que debía realizarse en el contexto de aprobación normativa, quedando en ese momento vetado a nuestro Colectivo, la representación de los interesados en procesos que no fueran de oficio.

Con la experiencia demostrada en estos años por los Graduados Sociales y su profesionalidad, se dicta el nuevo Reglamento de Colegios Oficiales de Graduados Sociales, Orden de 28 de agosto de 1970, donde se realiza una descripción de los cometidos de nuestros profesionales, entre ellas la facultad para actuar como peritos en materia laboral y de seguridad social ante los Tribunales de Justicia y también la de comparecer en nombre de las empresas, trabajadores, particulares ante los Organismos sindicales de conciliación, así como la representación si así se recoge expresamente en la leyes, ante las Magistraturas de Trabajo.

Esta capacidad es denunciada por la Junta Nacional de Ilustres Colegios de

Procuradores de España, abriéndose un contencioso, presentado por el Consejo General de la Abogacía, siendo una vez mas, una sentencia de la Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en julio de 1978, la que pone paz en este asunto, al indicar que los Graduados Sociales podían actuar ante las Magistraturas de Trabajo, cuando así lo especifiquen las Leyes.

El reconocimiento a nuestra profesión para utilizar la Toga y el Traje Talar, así como su presencia en estrados, también tuvo sus momentos críticos, pues la legislación en aquellos momentos (años 1980), definía y concretaba la función y facultades de los Graduados Sociales, pero no recogía el uso de la Toga y su posición en estrados para nuestro colectivo. Una vez más, tuvimos que demostrar nuestras habilidades y conocimientos profesionales, y solicitar la igualdad en la Jurisdicción de lo Social, en actos académicos, administrativos y protocolarios.

- Respecto de la situación en estrados, la Ley Orgánica del Poder Judicial publicada en 1985 (Ley 6/1985), hace tan solo veinticuatro años, estableció la igualdad entre todos los profesionales que intervenían en las audiencias públicas, acabando definitivamente, con la diferencia jerárquica en los estrados entre profesionales.
- Respecto del uso de la toga, haciendo una referencia histórica, el Colegio de Graduados Sociales de Barcelona en el año 1989, aprobó en sus Estatutos, el derecho de utilizar la toga de sus profesionales. Cuestión que fue impugnada por la Administración Catalana, si bien, la resolución de los Tribunales Catalanes, admitieron la constitucionalidad de dicho derecho.

En el año 1992, ya modificada la LOPJ, con la resolución comentada de los Tribunales Catalanes, y las actuaciones de cada Colegio Provincial, que fueron imponiendo el uso y modelo de la Toga; el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, facultó a su Presidente para que realizara y tomara las medidas oportunas para conseguir el reconocimiento del uso de la Toga en el ámbito nacional, pero manteniendo de forma unitaria un diseño igual en todos los Colegios.

Así se estableció, que el traje profesional para actos colegiales, académicos, solemnes y profesionales, *«si varones, traje, corbata, calcetines y zapatos negros, con camisa blanca»*. *«si mujer, traje sastre negro sobre blusa blanca, con zapatos, corbata o lazo negro y medias en consonancia»*. Encima de estas vestimentas, iría el traje talar, *«debiendo llevar el emblema de nuestro colectivo en la solapa izquierda, esta toga, era negra, con esclavina posterior de forma triangular, vueltas en las mangas y delanteras, concluyendo con un recorte en forma de cuello y prolongadas hasta abajo, con una anchura de ocho centímetros; tanto la esclavina como las vueltas delanteras y las mangas irán ribeteadas con cordoncillo verde hoja, color característicos de los Graduados Sociales»*.

El profesor Sr. Picón, que impartía en la Escuela Social de Madrid, la asignatura de Procedimiento Laboral, relataba a sus alumnos como anécdota, cuando se hacía referencia histórica al uso de la Toga y a la posición en estrados, que una colegiada, se hizo de encargo un traje de chaqueta con una capelina, que recordaba a la toga, como reivindicación al derecho que en esos momentos nuestro colectivo reclamada.

No todos los Colegios y colegiados, acataron de buena forma, que el Consejo estableciera una toga de diferente diseño a la

que utilizaban otros profesionales, pues entendían, que aún así se mantenía la diferencia entre profesionales.

El Colegio de Madrid, se mantuvo firme en la reivindicación de dicha igualdad, solicitando que la toga fuera igual para todos los operadores jurídicos, cuestión que con el paso del tiempo, se fue aceptando dentro de la jurisdicción de lo social, de tal manera que el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, emitió un informe donde reivindicaba y motivaba la igualdad entre profesionales del Derecho, con respecto al uso de toga en un mismo modelo.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 8 de Febrero de 1995, reconoció la postura que demandaba nuestro colectivo, mediante la actuación del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, cuando indicó que *«el uso de la toga es un símbolo puesto al servicio de la dignificación del acto procesal, y, en general, de la función judicial. En este sentido, no es un privilegio, sino un derecho y deber que en la Ley Orgánica del Poder Judicial ha servido, además, para igualar a todos los intervinientes como profesionales en las audiencias públicas...»*.

Todo ello contribuyó, para que en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2003 en su artículo 197.1, enumerara las autoridades y profesionales que deben utilizar la toga, incluyendo el reconocimiento realizado para el uso de la Toga a los Graduados Sociales, en los actos solemnes judiciales, protocolarios y Colegiales.

- Recientemente otro logro en nuestra profesión, ha venido a ratificar, la profesionalidad y el conocimiento que tenemos respecto del Derecho de Trabajo, en

su aplicación y en su práctica, pues han sido oídas las reivindicaciones que postulábamos hace más de veinticinco años, para que se nos reconociera la facultad de presentar y firmar el Recurso de Suplicación.

La reforma procesal publicada el día 4 de noviembre de 2009 en el BOE, de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de Noviembre, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de Julio, donde se reconoce la actuación de nuestro colectivo, para poder firmar los Recursos de Suplicación, modificando la Ley de Procedimiento Laboral, lo que supone un reconocimiento a nuestra representación técnica en el procedimiento laboral, y al buen saber hacer, dentro de la Jurisdicción de lo Social, que ahora alcanza la segunda instancia. Así indica en el art. 21 que ... *«La defensa por Abogado tendrá carácter facultativo en la instancia. En el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar defendidos por Abogado o representados técnicamente por Graduado Social Colegiado.....»*, y el art. 193.... *«Si la resolución fuera recurrible en suplicación y la parte hubiera anunciado el recurso en tiempo y forma y cumplido con las demás prevenciones establecidas en esta Ley, el Secretario Judicial, tendrá por anunciado el recurso y acordará poner los autos a disposición del letrado o graduado social colegiado designado Este plazo correrá cualquiera que sea el momento en que el letrado o el graduado social colegiado recogiera los autos puestos a su disposición»*.

El art. 230- 1, también recoge en su redacción...«Si el recurso que se entabla es de suplicación, la parte podrá valerse igualmente de graduado social colegiado de su libre designación».

- Actualmente, el Estatuto General de la Abogacía, mantiene la declaración de incompatibilidad entre la profesión de Graduado Social y Abogado.

Esta situación está pendiente de resolverse, por la aplicación legislativa de la Ley 2/2007, de Sociedades Profesionales, que indica, que el Consejo de Ministros, tendrá que dar una nueva regulación mediante Real Decreto, sobre el régimen de incompatibilidades en las sociedades profesionales, como de los profesionales.

Esperamos que dicho Decreto, reestablezca la compatibilidad y colaboración de la profesión de Abogado y Graduado Social, pues es una realidad social y profesional, que en los despachos jurídicos se aúnen estos dos profesionales, e incluso, que un mismo profesional haya cursado las dos titulaciones, obligándole la actual situación a tener que decantarse por ser Colegiado ejerciente en uno u otro Colegio, sin poder mantener la colegiación como ejerciente en ambos Colegios Profesionales, y dado que los Estatutos Generales de los Colegios Profesionales de Graduados Sociales, no regulan incompatibilidad con el resto de profesiones jurídicas.

- Queda por ahora una faceta que resolver y adecuar a la legislación, como es la aplicación en la profesión y en los Colegios Profesionales, de la denominada «Ley Paraguas» (Ley 17/2009, 23.11.09) y «Ley Ómnibus» (Ley 25/2009, 22.12.09), leyes, que nos obligan a modificar y actualizar servicios e información, no sólo entre profesionales colegiados, si no, hacia clientes y terceros mediante «la ventanilla única», registro de las Sociedades Profesionales y nuevos formularios sobre encargo de servicios para los clientes, ya que los honorarios orientativos desaparecen.

NUESTRO TRABAJO, UNA VOCACIÓN, FUNCIONES DEL GRADUADO SOCIAL :

El Graduado Social, desde su reconocimiento profesional, ha trabajado fundamentalmen-

te en las relaciones entre empresa y trabajadores, con un conocimiento exacto y muy cercano a la evolución social y laboral, que ha vivido España, desde la República, pasando por la Dictadura y la actual Democracia.

Nuestra profesión ha sabido adecuarse a todos estos cambios políticos y normativos, de forma activa y con una capacidad de adecuación rápida, siendo este nuestro mayor logro, pues conocemos y valoramos los problemas desde su raíz, por el conocimiento y especialización que tenemos en los aspectos sociolaborales, aportando soluciones a conflictos, con gran conocimiento de la materia que se desarrollaba, ganando la confianza de los trabajadores, empresarios y administración, materializándose en el reconocimiento social, en todas las esferas de gestión, asesoramiento y representación, muestra de ello, se produce en el año 1982, cuando se le concede a los Colegios de Graduados Sociales y a su Consejo General, la Medalla Colectiva al Mérito en el Trabajo en su categoría de Oro, por la *«contribución a la pacificación y al desarrollo de un clima de cooperación en el sistema de las relaciones laborales, así como por la defensa realizada de la profesión de Graduado Social, la cual ha redundado en el prestigio social y profesional.»*

La evolución del Graduado Social, en la Jurisdicción de lo Social, ha permitido que actualmente seamos un referente en esta materia, teniendo reconocida la representación técnica de las partes ante dicha jurisdicción, ocupando el mismo lugar en estrados y debiendo utilizar la toga, al igual que los abogados y procuradores.

La Función del Graduado Social en el Derecho del Trabajo, como podemos indicar, a estas alturas del texto, por lo ya relatado en él, ha sido práctica y activa, nuestros profesionales, dan servicio y están presentes, en todos los estamentos de la sociedad, ya que por sus estudios y especialización, saben compaginar y tener una visión de conjunto, tanto en el desarrollo y práctica de las relaciones

laborales, el asesoramiento y la representación técnica ante la Jurisdicción de lo Social, bajo la perspectiva de los trabajadores, empresarios y Administración.

Los Graduados Sociales, han ocupado y ocupan puestos en mandos intermedios, técnicos y directivos en empresas, por lo general como Directores de Recursos Humanos o en funciones específicas en estos departamentos; prestan servicios como asesores de empresas, trabajadores, organismos, sindicatos, asociaciones empresariales, etc; están reconocidos como peritos y auditores laborales; algunos trabajan o son funcionarios en la administración, ocupando incluso cargos de técnicos; igualmente son gestores y tramitadores en empresas, instituciones etc., representan técnicamente a las partes en la Jurisdicción de lo Social (primera y segunda instancia), sin olvidar la labor que desarrollan como profesores universitarios o como profesores en centros docentes públicos y privados, e incluso como escritores y coautores de artículos, libros y publicaciones.

La dualidad de nuestra profesión, que ha unificado la actuación procesal y jurídica, con la gestión y asesoramiento, ha contribuido, a aplicar y a interpretar el Derecho del Trabajo, bajo unas premisas reales, facilitando la aplicación de las normas a la realidad social, incluso antes de su reconocimiento normativo, por aplicación de la jurisprudencia, por lo que podemos afirmar que somos especialistas de la técnica y de la ciencia jurídica como iuslaboralistas.

La labor realizada en las Empresas, como Directores en departamentos de Recursos Humanos, y o como técnicos en dichos departamentos, han contribuido directamente que las relaciones laborales, se desarrollen bajo una perspectiva jurídica y de aplicación del Derecho del Trabajo, con un exacto conocimiento de la legislación y aplicación de las normas, facilitando las reglas de juego en las negociaciones colectivas y de representación de los trabajadores.

Muchos de nuestros profesionales, además de los estudios troncales que reciben respecto de Seguridad y Prevención en Riesgos Laborales, han cursado los estudios de Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales, llevando dicho conocimiento a las empresas, bien por ser trabajadores y técnicos en esta materia, bien por asesorar desde sus despachos profesionales, o bien, por ser trabajadores o titulares de empresas de servicios de prevención. Permitiendo que esta norma, en un momento novedosa y de cierta complejidad a la hora de aplicarla en las empresas y hacia los trabajadores, llegara a todos los obligados a cumplirla, informando y formando, con el fin de evitar accidentes de trabajo.

Las funciones del Graduado Social, como profesional libre, realizando tanto labores de asesoramiento, gestión y representación, han permitido dar una respuesta de servicios a las empresas, trabajadores y terceros, que solicitan sus servicios. En esta vocación de servicio, han abarcado principalmente el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pero también han debido especializarse en materias tributarias, fiscales, así como algunos aspectos mercantiles, con relación directa a la creación y gestión de empresas, relaciones especiales y prestación de servicios.

No podemos negar una realidad, como es, que los Graduados Sociales, asesoran y gestionan, mas del 85% de las Pymes en España, suponiendo este porcentaje una gran extensión de empresas y trabajadores, pues, el tejido empresarial español, está hoy por hoy, conformado por estas Pymes, muchas de ellas microempresas o incluso autónomos.

La configuración actual de despachos multidisciplinarios o colectivo de profesionales, se ha filtrado también en la creación de los despachos de Graduados Sociales, pasando de ser despachos dedicados únicamente al asesoramiento, gestión y representación técnica en Derecho de Trabajo y Seguridad Social, a ofrecer mas servicios, para dar respuesta a la demanda de los clientes, que convencidos y

verificando la calidad de servicios que recibían en esta rama, solicitaban la misma calidad en el resto de asesoramiento empresarial, tributos, fiscalidad y contabilidad. Así, muchos colegiados, ampliaron las competencias y servicios de sus despachos, asociándose o colaborando con otros profesionales, para poder ofrecer este asesoramiento multidisciplinar que demanda la sociedad, o incluso ampliando su formación a estas materias.

Por sus conocimientos, el Graduado Social, realiza también tareas de auditoria laboral y pueden ser Peritos en materia Laboral y de la Seguridad Social, tanto para particulares, como para los Juzgados, cuando así lo solicitan.

Los Graduados Sociales, además, hemos tenido que formarnos y evolucionar en otras habilidades, como ha sido el dominio y utilización de los medios de gestión informáticos y telemáticos, que nuestra profesión y cometidos nos exige, por ello, la Administración ha solicitado la colaboración de nuestro colectivo, para poner en marcha y ser precursores en la aplicación de las nuevas tecnologías.

Colaboramos con la Seguridad Social, para la puesta en marcha del Sistema Red, que nació para realizar movimientos de afiliación, gestión y normalización de los seguros sociales, de forma telemática, Sistema que ha ido creciendo en especialización y en prestaciones, donde fuimos pioneros, y que en la actualidad ha extendido a otros profesionales.

La Agencia Tributaria ha contado siempre con nuestro colectivo, para la tramitación, información, gestión, declaración de impuestos, mediante la suscripción de convenios de colaboración social entre dichas Instituciones, a nivel Nacional y Local.

Con el Registro Mercantil, se han firmando convenios de colaboración, para la comunicación telemática de solicitudes, registros, presentación de libros, cuentas anuales, etc.

Igualmente, toda la adecuación en gestión administrativa, como la comunicación de los accidentes de trabajo vía Delt@ o Cat; la comunicación de contratos de trabajo bajo la aplicación de Contrat@; la creación telemática de empresas y altas de autónomos mediante la Red Circe de la DGPYME, la comunicación telemática y gestiones en el portal del INEM (ahora redtrabaj@) etc, siempre se ha realizado con la colaboración de nuestro colectivo, quien ha sabido dar respuesta a estas necesidades y valorar los servicios, para una mejor adecuación entre la administración y del administrado.

Siendo por lo tanto los despachos de Graduados Sociales, verdaderos precursores de la puesta en marcha de medios informáticos, de utilización de programas y de la aplicación de las nuevas tecnologías, que permiten la competitividad empresarial, trasladando estas necesidades a sus empresas clientes, que nos tienen como referentes en estos procesos y evolución tecnológica.

Las funciones de los Graduados Sociales, hoy en día, han quedado refrendadas por la legislación, además de estar recogidas en nuestros Estatutos, indicando que :

El Graduado Social o Diplomado en Relaciones Laborales (futuro Titulado de Grado), una vez finalizada su carrera universitaria se incorpora obligatoriamente, si pretende ejercer como tal, en el Colegio Profesional donde se encuentre su domicilio. Ya colegiado, se convierte en un Técnico en materias Sociales y Laborales y como tal, estudia, asesora, representa, gestiona, sin apoderamiento especial, todos aquellos asuntos laborales y de Seguridad Social que le sean encomendados por particulares, administración y terceros.

El Graduado Social, entre sus principales competencias representan técnicamente ante los Tribunales del Orden Social (Juzgados de lo Social, y ahora ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia) en todos aquellos asuntos que le sean encomen-

dados por empresas, trabajadores, pensionistas, sindicatos, corporaciones, etc. teniendo exclusiva como Graduado Social, la facultad de confeccionar mensualmente las liquidaciones a la Seguridad Social que realizan las empresas, así como tramitar y asesorar todos los expedientes de jubilación, incapacidad, viudedad, orfandad, etc., a favor de los titulares y familiares, y todas aquellas prestaciones que se realizan ante la Seguridad Social.

- Por lo que Intervienen profesionalmente, estudiando y emitiendo dictámenes e informes en cuantas cuestiones sociolaborales le sean encomendadas.
- Asesoran, representan, formalizan documentos y realizan gestiones en nombre de organismos, empresas y particulares, en materia laboral y de la seguridad social, empleo y migraciones.
- Realizan, si son nombrados como colaboradores del Ministerio de Trabajo u otros organismos en la forma regulada por el artículo 6º del texto articulado de la Ley de Funciones civiles del Estado, funciones relativas a técnicas de investigación social, cooperando con encuestas, estudios y dictámenes que se les encomienden.
- Desempeñan en Organismos Oficiales, entidades y empresas las funciones o cargos de técnico en departamentos de personal y de Dirección en Recursos Humanos.
- Comparecen en nombre de las empresas, trabajadores y demás particulares ante los organismos de conciliación, así como la representación ante los Juzgados de lo Social, y ahora ante las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, en el recurso de suplicación.
- Verifican, sin menoscabo de las facultades Inspectoras e interventoras de la administración, mediante certificados, visado, declaraciones y demás documentos que hayan de formalizar las

empresas y trabajadores a efectos de lo establecido en la legislación laboral y de la Seguridad de lo Social.

- Ejercen la habilitación de empresas, trabajadores y sus familiares o derecho habientes en orden a la percepción de toda clase de beneficios económicos otorgados por la legislación socio laboral, Seguridad Social, empleo y migración.
- Intervienen, cuando sea requerido para ello, en la negociación, como asesor en los convenios colectivos, así como en las comisiones paritarias de los mismos.
- Representan ante la Inspección de Trabajo e impugnan y recurren, actas de infracción y liquidación de la Seguridad Social y sanciones en general.
- Asesoran permanentemente a empresas, realizando a su vez la confección y tramitación de seguros sociales, recibos de salarios y cualquier otra cuestión y gestión para el personal.
- Realizan actividades de formación y selección en Departamentos de Recursos Humanos.
- Pueden optar a ser Técnicos del cuerpo de Gestión.
- Asesora y gestionan en materia fiscal y contable, tanto a empresas como a personas físicas.

CONCLUSIÓN

La Función del Graduado Social y su aportación al mundo del Derecho del Trabajo, la podemos resumir, con todo lo ya comentado, en que nació para dar respuesta social, a la demanda que la sociedad solicitaba a principios del Siglo XX, para dotar en un principio a los funcionarios en conocimientos especializados en materias laborales.

Los estudios específicos en estas materias y su desarrollo, fueron configurando el perfil profesional y formativo en las Escuelas Sociales, del Graduado Social.

Al transformarse estos estudios a universitarios, recibieron el nombre de Diplomatura en Relaciones Laborales, y solo cuando los Graduados Sociales del antiguo plan de estudios o los nuevos Diplomados, se colegian, pasan a reconocerse profesionalmente como Graduado Social Colegiado, con todos los derechos y obligaciones que la profesión establece y la facultad de desarrollar sus competencias, dentro del modelo de colegiación y que nuestros estatutos les confieren, además de las garantizadas por Ley, pues el artículo 545.3 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, reconoce la función del Graduado Social, como representante técnico a las partes en los procedimientos presentados ante la Jurisdicción de lo Social, estamos ante un reconocimiento de la especialización profesional en el proceso laboral y de la Seguridad Social.

Igualmente al Graduado Social, le es de aplicación todo el Título II del Libro VI (de los abogados y procuradores y Graduados Sociales) y especialmente con referencia a los artículos 187, 542.3 y 546 de la LOPJ.

La representación técnica que ejercen los Graduados Sociales, conlleva la representación y dirección técnica del proceso laboral en la primera instancia, ratificando la demanda y contestando a la misma, proponiendo, practicando y resumiendo la prueba y, en definitiva ejercitando plenamente ante los Juzgados y Tribunales que conocen de la materia laboral y de la Seguridad Social de quien les ha confiado su defensa, como ahora en la segunda instancia con la presentación y firma del Recurso de Suplicación por aplicación de la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre; competencia que ha quedado incluida en los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España, así como en los Estatutos Colegiales.

Solo con nuestra actuación profesional, el reconocimiento social y jurisdiccional conseguido, accedimos a poder actuar en igual condiciones que el resto de profesionales jurídicos, en estrados y en utilización de la Toga, como en aquellos actos protocolarios, solemnes y o académicos.

Profesionalmente, se nos ha reconocido en numerosas normativas internas en organismos públicos o privados como ya se ha relacionado, así como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Procedimiento Laboral, Ley Concursal, entre otras, consiguiendo igualmente el reconocimiento de profesión jurídica en la Unión Europea.

Como Colectivo especializado en materias laborales, son requeridos nuestros servicios y conocimientos por los agentes sociales, comisiones de trabajo de instituciones, organismos públicos y gobierno, para realizar o colaborar en informes sobre materias jurídicas, o estudios para futuras normas que se estén proyectando, en el ámbito socio-laboral y de seguridad social.

Podemos actuar como peritos en materia Laboral y de Seguridad Social, ante los Juzgados que así lo soliciten, al igual, que para asesorar como peritos en los Juzgados de lo Mercantil, ante procesos concursales, si así solicitan nuestra intervención.

Ante la entrada en la Unión Europea, nuestro colectivo, supo adaptarse también a dichos cambios, formándose e informando a su vez, del nuevo escenario que se abría en las relaciones laborales, con respecto a la libre circulación de trabajadores, protección de la salud y seguridad en el trabajo, obligándonos en esos momentos a buscar y demandar una mayor profesionalidad en el elenco comunitario, incrementando nuestros estudios hacia el Derecho Comunitario y participando y colaborando en diferentes seminarios y jornadas con otras asociaciones jurídicas y profesionales, de países europeos, que contienen similitud o semejanzas con nuestra profesión, como

pueden ser los Consulenti di Lavoro en Italia, Técnicos Contables en Francia.

En el Mundo de la Empresa, igualmente, hemos sabido transmitir nuestro principio de Justicia Social, al estar incorporados en puestos directivos de departamentos de recursos humanos, hemos mantenido una política en las relaciones laborales, bajo la perspectiva de la aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a la hora de establecer normas internas y perfiles de actuación por parte de las empresas hacia sus trabajadores, mantener un diálogo activo y profesional con otros profesionales que asesoran también a las empresas, así como con los sindicatos y representantes de los trabajadores, evitando numerosos conflictos y consiguiendo que se tomen las decisiones bajo la aplicación y el respeto del Derecho del Trabajo y de la Constitución, así como en aplicación de los vigentes convenios de la OIT y en el Derecho Comunitario.

Hemos conseguido transmitir esta profesionalidad al mundo del Derecho del Trabajo, bajo la perspectiva de la organización empresarial, las relaciones laborales y la práctica de esta doctrina, dándole más dinamismo y realidad social.

Para concluir, debemos hacer una referencia a que nuestra profesión, vive por y para la JUSTICIA SOCIAL, así se recoge en el emblema de nuestro escudo profesional, como ya hemos comentado, y en los diferentes manifiestos y declaraciones realizadas por nuestros presidentes de Colegios y del Consejo General, es nuestra guía, y por ello, el futuro de nuestra profesión.

El conocimiento exacto del mundo empresarial y sociolaboral de nuestro Colectivo, se ha demostrado de diferentes formas, y entre ellas con actividades colegiales, conferencias, congresos, jornadas, publicaciones, y como recordatorio histórico podemos referirnos al Manifiesto que realizó el Excmo. Colegio Oficial de Madrid, en el año 1976, ante los cam-

bios políticos y sociales que vivía España, y que a continuación lo reproducimos:

«Los Graduados Sociales del Colegio de Madrid, ante el momento económico, político y social del país, se sienten en el deber de expresar públicamente su criterio en cuanto esta coyuntura incide en los postulados de Justicia Social, que es la norma básica de la finalidad de la profesión.

Es tendencia el imputar a los trabajadores y empresarios la culpabilidad en el desfase entre el poder adquisitivo de los salarios y el alza de los precios; cuando en realidad ambos son víctimas de un proceso en el que no han tenido el protagonismo que se les atribuye. Recibiendo ambos factores, empresa y trabajador, los mismo perjuicios cuantificados diferencialmente, en modo alguno pueden considerarse antagónicos cuando el común deseo necesariamente les debe unir en un aumento de la productividad que evite el mal que no han provocado pero que directamente están soportando.

Superar esta situación es tarea de toda la nación, poniendo en juego las energías vitales de todos los que la integran, correspondiendo a la política- y en todo caso a sus responsables- el señalar las metas y los objetivos donde estas fuerzas logren su máxima eficacia.

Si queremos positivar las tensiones sociales para no romper las ilusiones esperanzadas hacia un futuro mejor, hemos de buscar las causas para controlar sus defectos. Por ello queremos dejar constancia de nuestro criterio respecto a los puntos mas importantes que creemos repercuten en la presente coyuntura económico-social:

1. Reforma de la Empresa

El mundo del trabajo (empresarios y trabajadores) tiene su sede en la empresa; por consiguiente, resulta totalmente necesario el acometer sin mas dilación la programa-

da reforma de la empresa, en la línea de nuestras Leyes Constitucionales, como meta a conseguir, mas que como declaración de principios.

2. Más Justa Distribución de la Riqueza
Debe implantarse una mas justa distribución de la riqueza entre aquéllos que la generan, actuando las cargas fiscales como instrumento moderador que coadyuve a la equidad distributiva que se propugna.

3. Justos Niveles de Beneficios
Se deben poner a disposición de las empresas canales de distribución y comercialización que posibiliten justos niveles de beneficios evitando procesos innecesarios, con lo que se clarifica el mercado, premisa básica para la práctica de una política de precios-salarios adecuada al desarrollo del país. Facilitar los créditos necesarios que impulsen el desarrollo y la reactivación de los sectores industriales que lo precisen, de forma tal que el crédito sea instrumento al servicio de la economía empresarial, pero sin que el mismo pueda constituir título que condicione a los factores productivos.

4. El campo no puede estar a merced de factores coyunturales.

El campo, que es el vivero de la Nación, no puede estar a merced de factores coyunturales, si no que tiene y debe integrarse en el contexto de una auténtica poliarquía nacional, económica y social, adquiriendo el protagonismo que su potencia energética le corresponde.

5. Política salarial sin discriminación sectorial.

Es urgente una política salarial sin discriminación sectorial ni coyuntural, merced a la cual la Justicia Social sea una realidad y no una declaración de principios. Debe tomarse como objetivo prioritario la elevación progresiva de la renta de los sectores más necesitados de nuestra población trabajadora.

6. Garantía y participación de los resultados.

Debe efectuarse un planteamiento serio y honesto sobre la evolución de las condiciones de trabajo y de los derechos de los participantes en él, garantizando en todo momento la continuidad y la participación en y por los resultados.

7. Prevención del paro.

Hay que considerar el paro como un síntoma patológico, una enfermedad del mundo del trabajo; por tanto, más que paliar su situación con seguros de desempleo, como medio transitorio, hay que evitar su producción mediante la creación de nuevos puestos de trabajo que ocupen la mano de obra que es la fuerza vital de la Nación.

8. Sindicato libre.

Los derechos profesionales derivados y consecuentes de los derechos humanos deben tener los cauces naturales y adecuados que su defensa exige de cara a una convivencia de relación tanto interior como exterior, otorgando la máxima autenticidad representativa a los diversos niveles y estamentos que integren la organización asociativa profesional del mundo productivo, empresa-trabajador, evitando su multiplicidad en aras de su eficacia y soslayando toda clase de interferencias o mediatizaciones extralaborales, políticas, estatales o de cualquier otro tipo que no provengan del seno de la comunidad productiva.

9. Seguridad Social.

Administrar por parte de empresarios y trabajadores las aportaciones que configura la Seguridad Social en orden a su mayor rentabilidad y eficacia, impidiendo que estos recursos económicos puedan ser desviados de su específica finalidad, todo ello sin perjuicio de las facultades interventoras del Estado. Su campo debe ampliarse en atención a los pensionistas, jubilados, inválidos, etc. situando a los mismos en la cúspide de prestaciones cuantificadas de la

Seguridad Social garantizando una revisión periódica.

10. Participación empresa-trabajador en la elaboración de las normas que regulan sus propias relaciones.

Consideramos –y nuestra experiencia profesional así lo ha venido constatando–, que los trabajadores y los empresarios españoles tienen la madurez y capacidad suficientes para intervenir en la elaboración de sus propias normas que regulan su relación, sin necesidad de que las mismas vengán impuestas, todo ello, sin perjuicio y con respecto de las facultades que nuestras Leyes Constitucionales confieren a otros organismos.

11. La Conflictividad laboral es signo de vitalidad.

La Conflictividad netamente laboral es signo de vitalidad inconformista en la empresa que positiviza su desarrollo, espolea la agudeza empresarial buscando nuevas metas que satisfagan las justas aspiraciones de los que han de colaborar en conseguirlo. Encauzar esta conflictividad, señalar sus límites, reglas y planteamientos es la mejor colaboración que se puede prestar al desarrollo de la empresa y de la Nación.

12. Asociacionismo político.

En este Colegio Oficial, como corporación de Derecho Público, no tiene otra significación política que la defensa y promoción de los intereses profesionales de los Graduados Sociales, observando un respeto indiscriminado para las creencias políticas de sus colegiados como miembros de la comunidad social española. Ello no obstante, gozarán de especial consideración todas aquellas manifestaciones asociativas que cuenten entre sus postulados, junto al reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos, la realización de la Justicia Social para todos los españoles.

Ante la esperanza de una próxima tarea de reactivación y de reforma de las estructu-

ras en vías de desarrollos, los Graduados Sociales, que hacen de la Justicia Social su meta profesional una vez más, mantienen su talante de servicio y entrega a la colectividad ofreciendo pública colaboración en el arbitraje de las situaciones conflictivas que en el orden laboral pueden surgir por este motivo, aportando su experiencia y especialización en la búsqueda de las soluciones que posibiliten el diálogo, la comprensión y el entendimiento entre los diversos componentes de la empresas».

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

Revista «El Graduado», publicada por el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Madrid.

«Edición especial de la Revista el Graduado», que se publicó para conmemorar el 50 Aniversario de la Creación de los Colegios Profesionales en el año 2006.

«Cincuentenario de la creación de los Colegios Profesionales de Graduados Sociales», publicado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

«50 Años de Memoria», publicado por el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia, con motivo de su cincuentenario.

Vademécum –Graduados Sociales y Diplomados en Relaciones Laborales, Funciones y Cometidos–, publicado por Mutual Cyclops año 1998.

Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España.

«El Graduado Social como agente social», artículo publicado por D. Alfonso Hernández Quereda, Graduado Social, Vicesecretario del COCGSE y Vicepresidente del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Murcia.

RESUMEN Como se puede analizar de la lectura del Manifiesto de 1976, la visión de futuro de nuestro colectivo y el conocimiento de las relaciones laborales mantienen su actualidad en algunos de los puntos que se desarrollan, sobre todo ahora, que vivimos una etapa de incertidumbre y conflictividad social, propiciada por la crisis, con demanda por parte de las empresas respecto de ayudas económicas y soluciones que permitan su reactivación, por un incremento exponencial del desempleo entre trabajadores, con el sector agrario solicitando ayudas y medidas gubernamentales que eviten el deterioro al que está sometido.

Los Graduados Sociales trabajamos y seguimos trabajando bajo las premisas de este manifiesto, buscando la colaboración y actuación de todos los agentes sociales y verificando el fin y base de nuestro emblema, Justicia Social; por ello, hemos conseguido adaptarnos a la evolución profesional, en igual forma que ha evolucionado la sociedad y el mundo empresarial y hemos encontrado nuestra posición y competencia profesional, siendo reconocidos en todos los ámbitos sociales y en la Jurisdicción de lo Social.

Nuestro futuro sigue siendo alentador, como profesionales en el mundo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, especialistas en recursos humanos y relaciones laborales, como colaboradores y operadores jurídicos ante Instituciones, Organismos y Administración.

La actual posición social y académica que mantenemos hoy en día, con un conocimiento exacto del alcance y de las competencias de nuestra profesión y su afianzamiento hacia el marco Europeo, seguirán permitiendo el desarrollo y continuidad en nuestra profesión con crecimiento de nuestro Colectivo.

ABSTRACT As can be ascertained from the 1976 manifest, the vision for the future of our group and the knowledge of labour relations have not lost relevance in some of the aspects developed, specially now, when we are living in an era of uncertainty and social conflict, fostered by the crisis, with some companies demanding economic aid and solutions to enable their reactivation, an exponential growth of unemployment, and the farming sector asking for governmental help and measures to avoid its deterioration.

Social workers are still working under the postulates of this manifest, looking for the collaboration and action of all social agents and verifying the basis and the purpose for our motto, Social Justice. Due to this, we have managed to adapt to the evolution of the profession, just like society and the business world have evolved, and we have found our position and professional competency, achieving recognition in all social spheres and in the social jurisdiction.

Our future continues to be promising as professionals within the Labour Law and Social Security sphere, as specialists in human resources and labour relations, as collaborators and judicial actors before the institutions, bodies and the Administration.

Our current social and academic position, which includes knowing exactly the scope and competencies of our profession and its strengthening within the European framework, will continue to allow the development and continuity of our profession and the growth of our group.

Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	140
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	30
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	30
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	30
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	30
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	30
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	17
Importe Total		



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre Apellidos

Domicilio C.P. y Población

Provincia Teléfono Fax

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total
..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: 0182/4828/67/0200013172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo e Inmigración
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@mtin.es

SUMARIO

EDITORIAL: *Alfredo Montoya Melgar* • INFORMES Y ESTUDIOS: La aplicación del Derecho del Trabajo y el sistema de principios, valores y derechos fundamentales. *Alfredo Montoya Melgar* • Los principios de aplicación del proceso de trabajo. *José María Marín Correa* • La aplicación del convenio colectivo. *Fermín Rodríguez-Sañudo* • La costumbre en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Antonio Vicente Sempere Navarro* y *Ana Cecilia Crisanto Castañeda* • La aplicación territorial de las normas laborales: diferentes realidades y nuevas tendencias. *Margarita Isabel Ramos Quintana* • La dimensión temporal de las normas laborales. *Manuel Álvarez de la Rosa* • La aplicación y eficacia del Derecho Social Comunitario en España. *Íciar Alzaga Ruiz* • La aplicación del Derecho del Trabajo por el Tribunal Constitucional. *Jesús R. Mercader Uguina* • La aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales laborales. *Manuel Fernández-Lomana García* • La aplicación del Derecho del Trabajo y la Administración. La función de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. *Fernando Somoza Albardonado* • La aplicación del Derecho del Trabajo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: referencia a la prevención de riesgos laborales. *Victor de Santos Sánchez* • La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo. *José Luis Monereo Pérez* y *José Antonio Fernández Avilés* • La función del Abogado en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Luis Enrique de la Villa Gil* • La función del Graduado Social en la aplicación del Derecho del Trabajo. *Eva Torrecilla Hernández*.

ISSN 1137-5868



9771137586002