

# El reforzamiento del papel del Tribunal Supremo en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia social

*M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún*

Magistrada de la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo

---

## RESUMEN:

La Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, introduce por vez primera las sentencias del TJUE como referencia bastante para el recurso de casación para unificación de doctrina. Con ello, el Tribunal Supremo se verá compelido a casar y anular las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que sean contrarias a la doctrina sentada por las sentencias del TJUE. Cabe analizar las dificultades prácticas del nuevo marco procesal y la finalidad que con la novedad persigue el legislador.

**Palabras clave:** Derecho social, casación unificadora, cuestión prejudicial.

**Keywords:** Social law, cassation, unifying case-law, preliminary ruling.

## ABSTRACT:

Pursuant the new act on social procedure (Ley 36/2011), judgments of the EU Court are entitled to be considered as comparative judgments to sustain a cassation claim. The new legislation should push the Spanish Supreme Court to overturn judgments of the High Courts (Social Chambers of them) if there is a contradiction with the EU Law approach settled in the decision of the EU Court. Taking into account the aims of the new legal framework, an analysis of the difficulties provided by it must be done.

**Fecha recepción original:** 31 de octubre de 2011

**Fecha aceptación:** 29 de enero de 2012

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO SOCIAL Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- I. LA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA CASACIÓN SOCIAL
  - II. ELLO OBLIGA A ACOMODAR LAS EXISTENCIAS TRADICIONALES DE LA CONTRADICCIÓN. EL ANÁLISIS DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA SENTENCIA RECURRIDA Y LA SENTENCIA DEL TJUE
  - III. LA ACOMODACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOCIAL A LAS DECISIONES DEL TJUE
-

## **INTRODUCCIÓN: NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO SOCIAL Y APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

La entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social –BOE de 11 de octubre– (LRJS)<sup>1</sup>, hace necesario abordar algunas cuestiones relacionadas con el papel de la Sala IV del Tribunal Supremo en materia de Derecho de la Unión Europea. Se trata de un nuevo texto procesal que deroga a la hasta ahora vigente Ley de Procedimiento Laboral y que contiene una sustancial modificación del recurso de casación para unificación de doctrina, contemplando ahora la posibilidad de que la Sala IV (Social) del Tribunal Supremo se vea necesariamente compelida a afrontar la adecuación de la aplicación judicial del Derecho nacional a la doctrina del TJUE.

### **I. LA FUNCIÓN UNIFICADORA DE LA CASACIÓN SOCIAL**

En nuestro ordenamiento jurídico el sistema de recursos en el proceso social (Derecho del trabajo y de la Seguridad Social) configura el acceso a la casación de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma sólo como vehículo de unificación de doctrina. Coexiste un recurso de casación ordinaria –a modo de segunda instancia– en supuestos concretos; pero, dado que la competencia para conocer de las materias propias del orden jurisdiccional social está atribuida con carácter general a los órganos judiciales unipersonales de implantación provincial o infraprovincial (art. 7 LRJS), la revisión de sus sentencias se agota en el nivel de las Autonomías y sólo la unificación de doctrina permite el acceso a la casación<sup>2</sup>, si bien en el estrecho cauce de un recurso que mantiene su naturaleza extraordinaria.

En el nuevo texto legal el artículo 219.1 LRJS viene a regular la finalidad del recurso estableciendo:

«El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en

<sup>1</sup> En vigor a partir del 11 de diciembre de 2011.

<sup>2</sup> La llamada casación ordinaria queda limitada a los procesos de los que conocen en instancia los órganos colegiados (Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia o Sala de lo Social de la Audiencia Nacional), relativos siempre a materia colectiva de afectación territorial más extensa que el ámbito del Juzgado de lo Social (arts. 8 y 9 LRJS).

idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos».

La función de la Sala IV del Tribunal Supremo en el recurso de casación para unificación de doctrina es la de garante del *ius constitutionis* y no del *ius litigationis*. Se trata de unificar la doctrina; y ese objetivo marca el trámite de admisión del recurso, trascendiendo los intereses de las partes, porque se sirve al otro interés superior. Por ello la contradicción es el requisito esencial para la admisibilidad del recurso.

No es ocioso destacar que la mayoría de los defectos de los recursos de casación para la unificación de doctrina presentados ante la Sala adolecen de falta de contradicción, lo que motiva su inadmisión previa<sup>3</sup>. Los litigantes tienden a forzar que este recurso se convierta en un tercer grado jurisdiccional (el proceso social se define como de instancia única, dada la naturaleza extraordinaria de los recursos) con olvido de que, aunque la sentencia de suplicación sea contraria a derecho, no le cabe al Tribunal Supremo examinar el litigio si no hay contradicción de doctrina entre la sentencia recurrida y aquélla que la propia parte recurrente designe como contradictoria.

Ahora bien, pese a lo que señala el artículo 219.1 LRJS (como, hasta su derogación, hacía el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral –RDLeg. 2/1995–), el concepto de la contradicción es de contornos imprecisos. Se exige una triple identidad para efectuar el análisis de la contradicción y, por tanto, poder afirmar que la solución alcanzada por la sentencia recurrida es distinta de la que dictó la sentencia referencial: a) mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación –hechos iguales–; b) fundamentos sustancialmente iguales; y c) pretensiones sustancialmente iguales.

Ello supone la misma materia, elementos probados semejantes, aplicación de la misma norma jurídica, y fallo contradictorio<sup>4</sup>.

El artículo 219.2 LRJS añade nuevos supuestos para la apreciación de la contradicción que, tras su entrada en vigor, no queda limitada a la que resulte de la eventual comparación entre sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia o entre éstas y las del propio Tribunal Supremo:

«Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que

<sup>3</sup> Aproximadamente un 80% de los asuntos ingresados en la Sala IV como recursos de casación para unificación de doctrina acaban por Auto de inadmisión, siendo la falta de contradicción el motivo mayoritario.

<sup>4</sup> Para un completo estudio del recurso de casación para unificación de doctrina, vid. MOLINER TAMBORERO, G. y SAMPEDRO CORRAL, M. *El recurso de casación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del TJUE en interpretación del derecho comunitario»<sup>5</sup>.

Limitándonos ahora a la doctrina del TJUE, a la que se refiere el segundo apartado<sup>6</sup>, cabe preguntarse si con esta reforma procesal social de 2011 se ha pretendido fortalecer el papel de la Sala IV del Tribunal Supremo como juez de la Unión Europea.

El recorrido histórico por las relaciones entre la Sala IV del Tribunal Supremo español y el TJUE arroja un balance muy escaso<sup>7</sup>. Tras haber dado lugar a la STJ del Asunto *Grajera*, sobre el que se volverá más adelante, en el Auto de 29 de septiembre de 2004 el Tribunal Supremo, después de abrir el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio fiscal a fin de plantear la cuestión prejudicial, acuerda su no planteamiento entendiendo que la duda sobre el significado y alcance de una sucesión de empresas sin transmisión de elementos materiales queda resuelta por las STJ de 11.3.1997, as. *Süzen*; de 10.12.1998, as. *Hidalgo y otros*; de 2.12.1999, as. *Allen*; y de 24.1.2002, as. *TEMCO*. Posteriormente, la Sala IV ha planteado una cuestión prejudicial, pendiente de resolución, que ha dado lugar al Asunto *ANGED* (C-78/11), sobre si el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior, del periodo completo, o que reste, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute.

<sup>5</sup> No deja de ser un tanto sorprendente que una ley promulgada en 2011 utilice la expresión «derecho comunitario», en lugar de referirse al «Derecho de la Unión Europea», nomenclatura particularmente adecuada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>6</sup> El precepto obvia la competencia del Tribunal General ex art. 256. 3 TFUE, pendiente de concreción vía adaptación de su Estatuto.

<sup>7</sup> S.e.u.o. los jueces españoles han planteado 40 cuestiones prejudiciales en materia social (excluyendo las que, sobre aspectos análogos en relación a los funcionarios públicos, fueron suscitadas por órganos judiciales del orden contencioso-administrativo). De ellas, 1 fue remitida por el extinto Tribunal Central de Trabajo (as. *Giménez Zaera*, C-126/86); 17 por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (Cataluña, País Vasco, Murcia, Castilla-La Mancha, Valencia, Galicia, Cantabria, Castilla y León –Sala de Valladolid– y Madrid), 19 por los Juzgados de lo Social, y 1 por un Juzgado de lo Mercantil actuando como juez del concurso en materia social. Las dos restantes son las peticiones prejudiciales de la Sala IV del Tribunal Supremo (as. *Grajera* y as. *ANGED*). [Fuente: Base de datos de la Red Expertos Derecho UE (REDUE), CGPJ].

Un análisis de la distribución de la «preocupación» por la consulta al TJUE (si bien cerrado en 2005) en SARMIENTO, D. *La Cuestión prejudicial comunitaria y el Tribunal Supremo* ([http://www.danielsarmiento.es/pdf/cuestion\\_prejudicial.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/cuestion_prejudicial.pdf)), que alude al «silencio prejudicial» de la Sala IV y a la «hiperactividad» de los tribunales inferiores.

Puede adelantarse que lo que *a priori* podría significar un fortalecimiento del papel de garante europeo del Tribunal Supremo y una vía de prevención frente a las reticencias que en la práctica ha venido evidenciando la Sala Social del mismo, puede resultar en una difícil conjugación de la competencia funcional atribuida –objetivo del recurso de casación unificadora– con el rol propio de juez de la UE. La novedosa previsión del nuevo texto legal habría de considerarse innecesaria si se atiende al lógico y normal funcionamiento de las conexiones entre el juez nacional y la aplicación del Derecho de la Unión. El desarrollo de un regular y previsible diálogo entre jurisdicciones debiera determinar por sí solo la acomodación de la doctrina jurisprudencial (en este caso, social y española) a la interpretación fijada por el TJUE.

Habrá que ver cómo la Sala IV va a afrontar la interpretación y aplicación del nuevo marco procesal. Lo que aquí se apunte es fruto de una primera reflexión puramente especulativa. Sí cabe afirmar que esta norma va a constituir un verdadero revulsivo en la construcción jurisprudencial social y que las primeras aproximaciones meramente meta-procesales abren un debate interpretativo importante del que no está exento un cierto rechazo íntimo a la modificación.

Así, genera ciertas dudas la redacción del artículo 219.2 LRJS respecto a la necesidad de que la doctrina –en este caso del TJUE– haya de concretarse en una sentencia, o bien baste con la invocación genérica de la misma. Sin embargo, la primera posibilidad desvirtuaría por completo el objeto del recurso, tal y como queda definido en el primer apartado, y es contraria al espíritu que se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 36/2011 cuando señala que: «... no se han venido admitiendo, como doctrina de contradicción o contraste a efectos de este recurso, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, por los órganos jurisdiccionales de ámbito supranacional en materia de derechos fundamentales, ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del Derecho comunitario, a pesar de la vinculación de los órganos jurisdiccionales a las anteriores, en aplicación, respectivamente, del apartado 1 del artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, del apartado 2 del artículo 10 y del apartado 1 del artículo 96 de la Constitución. Por esta razón, la presente norma amplía el ámbito del recurso unificador para lograr la mejora en el cumplimiento efectivo de su finalidad con las cautelas necesarias para salvaguardar la posición constitucional del Tribunal Supremo».

## **II. ELLO OBLIGA A ACOMODAR LAS EXISTENCIAS TRADICIONALES DE LA CONTRADICCIÓN. EL ANÁLISIS DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA SENTENCIA RECURRIDA Y LA SENTENCIA DEL TJUE**

Las dificultades que se atisban en la utilización de las sentencias del TJUE como base para la contradicción, vienen dadas, en primer lugar, del análisis

de la contradicción. Ésta exige la concurrencia de las tres identidades del apartado 1 del artículo 219 LRJS: hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

Es doctrina reiterada y consolidadísima de la Sala IV del Tribunal Supremo la que sostiene que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

Una cuestión previa al examen de las tres identidades necesarias es la de la idoneidad de la sentencia invocada como sentencia contradictoria. El tenor literal del art. 219.2 párrafo segundo LRJS remite exclusivamente a las sentencias del TJUE dictadas en «interpretación del derecho comunitario».

Ello implica la limitación a las sentencias del TJUE dictadas de procedimiento establecido por el artículo 267 TFUE, el cual constituye «un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales, por medio del cual el primero aporta a los segundos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para la solución del litigio que deban dirimir» [STJ de 8.11.1990, as. *Gmurzynska-Bscher* (C-231/89); de 12.3.1998, as. *Djabali* (C-314/96); de 9.11.2010, as. *VB Pénzügyi Lízing*, (C-137/08)].

Pero, además, sería factible preguntarse si el legislador nacional ha limitado tal idoneidad exclusivamente a las sentencias del TJUE que responden a cuestiones prejudiciales de interpretación, o bien deben incluirse también las que dan respuesta a una petición prejudicial de validez (art. 267 TFUE), pese a la escasez de las mismas (aunque, curiosamente, lo era la primera de las dos únicas cuestiones prejudiciales planteadas por la Sala IV del Tribunal Supremo hasta la fecha). De adoptarse un criterio restrictivo como el de la primera opción, el examen de la contradicción habrá de exigir un mayor esfuerzo de observación y, sin duda, estrechará el cauce de la invocación de las sentencias del TJUE.

El examen de la concurrencia de las tres identidades necesarias entre la sentencia recurrida y la sentencia invocada como sentencia referencial para la unificación de doctrina ha de hacerse separadamente:

a) Respecto de los hechos, hasta ahora la comparación que se efectuaba en el recurso de casación unificadora por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo se ceñía estrictamente a los hechos que habían quedado probados en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en la instancia, modificados, en su caso, por la solución de la sentencia recurrida al resolver los eventuales motivos de revisión fáctica que permite el recurso de suplicación.

Es evidente que esta técnica no puede seguirse si lo que invoca la parte recurrente en casación unificadora es una sentencia del TJUE, que resuelva una cuestión prejudicial de interpretación. En tal caso el Tribunal Supremo habrá de adoptar un criterio *ad hoc* –que cabe presumir más flexible– para

valorar las situaciones fácticas en las que se produce el pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

El procedimiento de la cuestión prejudicial no permite al Tribunal de Justicia entrar sobre los hechos, quedando constreñido su pronunciamiento a los hechos tal y como son apreciados por el juez nacional y son sometidos por éste al TJUE en la petición de decisión prejudicial (Auto, en el procedimiento español). Pero el TJUE no está impedido de precisar la cuestión a la vista de las actuaciones que se le remitan a fin de dotar de un efecto útil a su respuesta.

b) Especialmente el segundo de los requisitos –fundamentos iguales– se torna de compleja apreciación. La doctrina jurisprudencial unificada es constante en señalar que la exigencia de igualdad que requiere el art. 217 LPL (ahora art. 219, I LRJS) supone que la contradicción no existe si los hechos suceden bajo la vigencia de normas que los regulan de diferente modo. Para el Tribunal Supremo la contradicción se analiza teniendo en cuenta la *ratio decidendi* de las sentencias, y en el caso de las sentencias del TJUE el examen que se hace es de acomodación de una norma nacional al Derecho de la UE, bien sea de los Tratados, bien de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión sin excepción alguna [por ej., STJ de 13.12.1989, as. *Grimaldi* (C-322/88), y de 11.5.2006, as. *Friesland Coberco Dairy Foods* (C-11/05)].

La contradicción exigirá que la sentencia recurrida base su decisión en una norma cuya interpretación se aparta de la que realiza la sentencia del TJUE. Sin embargo, el marco en que la sentencia contradictoria –la del TJUE– se dicta es el de la acomodación de una norma nacional –del Estado del juez remitior– a la norma de la Unión y ello puede comportar la dificultad de delimitación del alcance de la doctrina que siente dicha sentencia del TJUE.

Cuando la sentencia del TJUE se refiera a un supuesto en que se decida sobre normas de otro Estado Miembro, parece muy complicada la comparación a la hora de determinar si los fundamentos y los pedimentos de la pretensión inicial del pleito eran análogos.

No es, sin embargo, imposible. Pero la necesidad de examen previo del requisito de la contradicción, para la admisión de la tramitación del recurso de casación de unificación de doctrina, permite cuestionar si cabría a la Sala IV del Tribunal Supremo plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE precisamente ya en esta fase, a la vista de las dudas que pudiera suscitarle la propia sentencia aportada como sentencia de contraste. Aun cuando el párrafo segundo del art. 267 TFUE señala que la cuestión surge de la necesidad de la decisión del TJUE para poder emitir el fallo del juez nacional, lo cierto es que la admisibilidad del recurso es paso previo para la citada emisión del fallo definitivo. Puede dudarse aquí entre una interpretación que limite la facultad de planteamiento de la cuestión prejudicial solo al momento previo a dictar sentencia y, por tanto a resolver definitivamente el recurso de casación unificadora; u otra más amplia que considere que el

examen de la contradicción, por su íntima relación con el objeto y fondo del asunto, nos sitúa en un plano análogo al de la resolución definitiva y, por ende, esa decisión («fallo») está comprometida por las dificultades que genere la interpretación del Derecho de la Unión Europea.

Y es aquí donde se suscita la cuestión de la generosidad con la que el Tribunal Supremo pudiera estar haciendo uso de la doctrina del acto claro [STJ de 6.10.1982, as. *Cilfit* (C-283/81); y de 15.9.2005, *Intermodal Transports* (C-495/03)], cuyos excesos han sido reiteradamente puestos de relieve por la doctrina científica europea.

Se trataría de ver si la doctrina de la sentencia del TJUE es, efectivamente, contraria a la que luce en la sentencia recurrida y las dudas que provoque tal análisis han de solventarse por el Tribunal Supremo en favor siempre de la primacía del Derecho de la Unión. Por ello, ante la posibilidad de que la sentencia recurrida esté planteando una cuestión que presente matices respecto a aquel resuelto por la del TJUE, la Sala IV habría de preguntarse si la doctrina de esta última es también aplicable al caso particular<sup>8</sup>.

Cuando se trate de una sentencia del TJUE en que se resuelva sobre la interpretación del Derecho de la Unión a la luz de los problemas de adecuación de una norma española, podrá concretarse más fácilmente el punto sobre cuya interpretación gira la contradicción.

c) En cuanto a la pretensión, la unificación de doctrina se refiere a la unificación de los criterios de ese segundo grado de jurisdicción. La doctrina del Tribunal Supremo ha venido delimitando la identidad en relación con el objeto de la pretensión, exigiendo que las dos sentencias comparadas –la recurrida y la referencial– hubieran resuelto sobre una pretensión jurídicamente equiparable. No sirve, por tanto, atender a las pretensiones que se hicieron y discutieron en la instancia (ante el Juzgado de lo Social), sino a aquéllas que fueron planteadas y resueltas en la vía de la suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (por todas, una de las más recientes STS/4<sup>a</sup> de 9 de mayo de 2011 –rcud. 2374/2010–, con cita de varios precedentes).

En el caso de la aportación de una sentencia del TJUE, como sentencia de contraste, quizás debamos descartar ya la posibilidad de igualdad estricta respecto de las pretensiones resueltas por las sentencias comparadas, porque parece obvio que no pueden serlo. La sentencia del Tribunal de Justicia será, una sentencia dictada en el marco del planteamiento de la cuestión prejudicial y, por ello, su objeto no es dar respuesta a la pretensión de la parte, sino al reenvío efectuado por el juez nacional sobre la interpretación

<sup>8</sup> Sobre los «peligros» de la doctrina del acto claro, vid. en concreto las Conclusiones del Abogado General D. RUIZ JARABO as. *Gaston Schul* (C-461/03), presentadas el 30.6.2005.

Vid. asimismo, SARMIENTO, D. «Los “Free-Lance” del Derecho comunitario: la desfiguración de la doctrina “CILFIT” en AAVV *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derecho nacionales: algunas zonas de fricción*. CGPJ, Estudios de derecho judicial, N.º. 95, 2006.

o la validez del Derecho de la Unión Europea, tal y como define el art. 267 TFUE.

Todo esto suscita la necesidad de atender a la pretensión que motivó la cuestión que había de resolverse en la instancia en la que el juez nacional remitior formuló la petición prejudicial.

### III. LA ACOMODACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOCIAL A LAS DECISIONES DEL TJUE

El segundo punto complejo que suscita el nuevo texto legal es el de la labor que ha de desarrollar el Tribunal Supremo, una vez admitida la contradicción.

Parece obvio que, de apreciarse ésta, al Tribunal Supremo le corresponde alcanzar el respeto a la doctrina del TJUE. Por tanto, si la sentencia recurrida ha hecho una aplicación del derecho contraria al criterio sentado por la sentencia del Tribunal de Justicia, la unificación ha de obligar al Tribunal Supremo a casar y anular la sentencia recurrida, asumiendo así el control de la acomodación de la misma a la Derecho de la Unión Europea en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, sin merma de la respectiva posición no jerárquica entre ambos tribunales.

La exigencia de una interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea, dada por la sentencia del Tribunal de Justicia invocada como contradictoria, se impone no sólo al propio juez nacional que planteó la cuestión prejudicial, el cual está vinculado con autoridad de cosa juzgada, sino también al resto de los tribunales nacionales, en tanto que los Estados Miembros, a través de sus autoridades judiciales, deben dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en las normas de Derecho Europeo.

Precisamente, la existencia de una sentencia del Tribunal de Justicia que resuelva el mismo punto de derecho es una excepción al planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los tribunales de última instancia obligados a ello (STJC DE 27.3.1967, as. *Da Costa en Schaake*).

Sin embargo, puede suceder que la sentencia recurrida contenga doctrina acorde con la del propio Tribunal Supremo y será en tal caso cuando se suscite el verdadero enfrentamiento con la doctrina del TJUE, confrontación que no podrá eludirse, y que, en buena lógica, habrá de suponer que el Tribunal Supremo haya de rectificar su doctrina.

La excepción a esta solución exige que la Sala IV del Tribunal Supremo encuentre matices que, pese a haber superado el análisis de la contradicción –y aquí volvemos a los difíciles contornos de aquella–, permitan considerar que la doctrina del TJUE no resuelve plenamente la cuestión y es en tal caso cuando a mi modo de ver se produce el reforzamiento del deber de planteamiento de la cuestión prejudicial. Entenderlo de otro modo supondría que la Sala IV del Tribunal Supremo puede estar efectuando una interpretación del Derecho de la Unión arriesgada y careciendo del respaldo de

una sentencia prejudicial del TJUE, con el riesgo de sustituir la función de éste.

No puede esconderse que los recelos al planteamiento de la cuestión prejudicial han estado históricamente fundados en las propias respuestas de Luxemburgo, especialmente en aquellas en las que el TJUE utiliza la técnica de delegar en el juez nacional remitente la solución a la cuestión que él mismo ha planteado. En particular, se tiene presente la STJ de 17.12.1998, as. *Grajera* (C-153/1997), a la que se ha aludido antes, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por la propia Sala IV del Tribunal Supremo español, en la que se partía de la apreciación por parte del Tribunal Supremo de que en la anterior STJ de 12.9.1996, as. *Lafuente Nieto* (C-251/94), aun cuando resolvía sobre el mismo punto (validez del Anexo VI. D.4 del Reglamento 1408/1971)<sup>9</sup>, seguían existiendo extremos poco claros<sup>10</sup>.

Como expresión práctica de las dificultades que se avecinan puede servir de ejemplo el caso examinado en la STJ de 19.5.2011, as. *Barcenilla Fernández y Macedo Lozano* (C-256/2010 y C-261/2010).

Se trata de asuntos acumulados relativos a trabajadores que prestaban servicios para una empresa cuya actividad consistía en fabricar materiales de piedra a partir de piedra natural y utilizan habitualmente una máquina cortadora automática, superando el nivel de ruido promedio diaria de 85 dB (A).

La empresa les entregó un equipo de protección auditiva individual cuya utilización reducía el ruido a un nivel inferior a 80 dB (A).

Reclamaron el complemento salarial del art. 27 de Convenio colectivo de la Construcción y obras públicas de la provincia de Palencia 2007-2011, por penosidad del puesto de trabajo al estar expuestos a un nivel de ruido que supera el promedio diario de 85 dB(A).

El Juzgado de lo Social desestimó sus respectivas demandas, razonando que la empresa respetaba el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido<sup>11</sup>, –norma que transpone la Directiva

<sup>9</sup> Para un resumen del desarrollo doctrinal sobre el fondo del asunto, véase la STS/4<sup>a</sup> de 31 de enero de 2011 (rcud. 714/2010).

Vid. ROJAS CASTRO, M. *Duda hispano-comunitaria aclarada que precisa clarificación. Estudio de la sentencia Lafuente Nieto, de 12 de septiembre 1996* (TJCE 1996, 150), C-251/1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sobre la base reguladora y el prorrateo de las pensiones españolas de los trabajadores migrantes: nuevas sentencias españolas después del 12 de septiembre de 1996, Aranzadi Social 5/1007, págs. 127-180.

<sup>10</sup> Vid. DÍAZ MÉNDEZ, A. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Caso Grajera o la jurisprudencia imposible (Sobre el cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes dentro de la Unión Europea)*. Aranzadi Social 5/2000.

<sup>11</sup> En desarrollo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Deroga el Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido durante el trabajo, que había

2003/10, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de febrero, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruidos)–, entendiéndose que debía tenerse en cuenta el efecto de la atenuación del ruido proporcionado por el equipo de protección auditiva individual (cascos) para poder determinar si las condiciones del puesto de trabajo habían de considerarse penosas.

Interpuesto recurso de suplicación por parte de los demandantes, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) formuló la cuestión prejudicial ante el TJUE y lo hizo precisamente porque el Tribunal Supremo se había pronunciado en las sentencias de 25 de noviembre de 2009 (rcuds. 556/2009, 558/2009 y 559/2009, dictadas por el Pleno de la Sala IV y con el Voto Particular de siete de sus magistrados)<sup>12</sup> en el sentido de que no existía penosidad cuando una protección auditiva individual permite reducir el ruido que llega al oído a un nivel inferiores a 80 dB(A).

En su sentencia el TJUE responde que la Directiva 2003/10 debe interpretarse en el sentido de que un empresario, en cuya empresa el nivel de exposición diaria de los trabajadores al ruido sea superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protecciones auditivas individuales, no cumple con las obligaciones derivadas de la Directiva mediante la mera entrega de los protecciones que permitan reducir el ruido a un nivel inferior a 80 dB(A), teniendo el empresario la obligación de aplicar un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir la exposición al ruido a un nivel inferior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos del uso de los protectores.

Añade, no obstante, que la Directiva no exige el abono de un complemento salarial, pero el Derecho nacional debe establecer mecanismos adecuados que garanticen que un trabajador expuesto a un nivel de ruido superior a 85 dB(A), medido sin tener en cuenta los efectos del uso de los protectores, pueda invocar el cumplimiento por el empresario de las obligaciones preventivas del art. 5.2 de la Directiva.

Efectivamente, las STS de 25 de noviembre de 2009 (y muchas otras que han seguido después literalmente aquella doctrina) resolvían sobre la demanda de unos trabajadores que prestaban servicios para una empresa de fabricación de soportes para la iluminación.

Los actores ocupaban puestos de trabajo en el tren de repasado, soldadora y plegadora, y en todos ellos el nivel de ruido superaba el nivel diario de 80 dB, medido sin protector auricular –94,3 en la plegadora, 89,9 en puesto de

transpuesto la Directiva 86/188/CEE, de 12 de mayo. Al derogarse ésta en virtud de la Directiva 2003/10/CE, procede la adecuación reglamentaria del derecho interno.

<sup>12</sup> Vid. BURGOS GINER, M. A., *El nacimiento del derecho a percibir el complemento de penosidad por ruido. Comentario a la STS-Sala de lo Social, Sección 1 de 25 de noviembre 20, Tribuna Social 238/2010*, págs. 74-81.

soldadura y 104,6 en el tren de repasado—, y quedaba reducido a 54,8, 54,6 y 66,3 en los mismos puestos de trabajo medido con los correspondientes protectores. En el puesto de trabajo de los demandantes en ningún momento se habían superado los 80 dB de exposición cuando se utilizaban los elementos de protección adecuados, aunque los superaba sin ellos.

Reclamaban los trabajadores un plus de penosidad por ruido fijado en el convenio colectivo (Convenio Colectivo para el Sector de Industrias Siderometalúrgicas para Granada y Provincia para los años 2004/2008 en cuyo art. 13 se reconoce el derecho a percibir un complemento del 20% de su salario base a favor de «los trabajadores que presten servicios en puestos excepcionalmente penosos, tóxicos o peligrosos»), que la empresa sólo abonaba cuando se superaban los 87 dB con los elementos de protección adecuados.

El Juzgado de lo Social de instancia estimó la demanda y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) la revocó. Recurrida ésta en casación para unificación de doctrina se aportó, como sentencia de contraste, la de la Sala de Castilla-La Mancha de 24 de septiembre de 2008, que contemplaba igualmente una reclamación de cantidad por el concepto salarial de penosidad acústica en un supuesto en el que el trabajador demandante (oficial segunda en un taller de la construcción) acreditó que estaba sometido a un ruido superior a 80 dB con protección y a un nivel sonoro inferior a dicho límite cuando utilizaba la protección; y en este caso la sentencia de contraste entendió que la exposición al nivel de los 80 dB, con o sin cascos protectores, daba lugar y derecho a percibir el complemento reclamado. También en el caso de la sentencia de La Mancha el Convenio Colectivo aplicable reconocía a favor de los trabajadores sometidos al mismo un incremento salarial del 20% en los supuestos en los que se apreciara la excepcional penosidad en el trabajo.

En el recurso de casación para unificación de doctrina los trabajadores recurrente sostenían que, a tenor de los arts. 4 a 11 del Real Decreto 286/2006, especialmente de lo dispuesto en el art. 5.2, debe entenderse que el límite de los 80 dB de exposición al ruido, con o sin cascos de protección, debía tomarse como base suficiente para reconocer los demandantes estaban sometidos a una penosidad que debería dar lugar a reconocerles el complemento de penosidad previsto en el Convenio Colectivo de aplicación.

Como ya se ha apuntado, el Tribunal Supremo (Sala IV) rechazó los recursos de los trabajadores. Se razona que: «...la penosidad por ruido se considera existente cuando “el ruido que llega al oído” está por encima de aquel nivel de exposición pero, lógicamente no, cuando el ruido que llega al oído es inferior a 80 decibelios, pues en tal caso la penosidad por ruido —insistimos en ello— será la misma que la sufrida por los que no llevan protección porque no lo necesitan, pues reconocer lo contrario llevaría a concluir que un trabajador que con cascos ve reducido su nivel de ruido a 55 decibelios, cual aquí ocurre, tendría derecho a que su trabajo se considerara penoso y no la tendría por el contrario, el compañero que está sujeto a un ruido de hasta 79 decibelios, y por lo tanto situado fuera del nivel de protección de

la Directiva». A lo que añade: «Lógicamente, cuando con las medidas de protección previstas, se consigue reducir aquel ruido a niveles inferiores, habrá que concluir que se ha reducido la penosidad, y si con aquéllas consigue reducir el ruido por debajo de aquel límite legal, habrá que llegar a la conclusión de que se ha eliminado la penosidad por ruido, por lo mismo que no la soportan los trabajadores que están sufriendo un ruido de menos de 80 decibelios».

Y, finalmente, afirma que «la conclusión a la que procede llegar no es otra que la de entender que la penosidad por ruido sólo puede afirmarse existente cuando “el ruido que llega al oído” del trabajador alcanza los 80 decibelios de media, y, por lo tanto, que cuando se le han facilitado elementos de protección y con ellos se rebaja ese nivel de ruido no puede hablarse de penosidad por ruido».

La Sala cambia, además, su doctrina anterior pues ahora entiende (y lo razona) que «...a esta conclusión se llega fundamentalmente porque, mientras la jurisprudencia representada por las sentencias anteriores se centraba en la valoración del ruido en atención al “puesto de trabajo” sin trabajador, en la actual se está considerando que el ruido que se evalúa lo es en contemplación al “trabajador que desempeña ese puesto de trabajo” pues el puesto de trabajo objetivamente contemplado no es en sí mismo penoso ni tampoco lo sería si fuera servido por un robot o incluso por una persona completamente sorda-...».

Pues bien, la cuestión puede volver a plantearse ante el Tribunal Supremo español y, de hacerse con arreglo a la nueva norma procesal, que afecta a los recursos que se interpongan a partir de su entrada en vigor, con invocación de la STJUE Barcenilla y Macedo como doctrina contradictoria, se suscitará la necesidad de analizar tanto la concurrencia de la contradicción, como la acomodación de la doctrina jurisprudencial reciente de la propia Sala IV en relación con el mismo tema)<sup>13</sup>.

El examen del requisito previo de la contradicción, partiendo de la afirmación de la idoneidad de la STJUE citada, pasa por decidir sobre la identidad de los hechos, en relación a la pretensión y a la fundamentación jurídica. En mi opinión debería resultar relevante que se trate en ambos casos de trabajadores que reciben equipos de protección individual frente al ruido, con cuyo uso el nivel de afectación desciende por debajo de 80dB, manteniéndose niveles superiores a los permitidos si la medición se efectúa sin los cascos. En ambos casos solicitan un complemento salarial que sus respectivos convenios colectivos reconocen a los trabajos penosos. Finalmente, es la misma norma nacional la que está en entredicho. Todo ello es así si, al examinar la STJUE, atendemos a la pretensión tal y como se hallaba precisada en el momento en que se planteó la cuestión prejudicial de aquel asunto.

<sup>13</sup> Buena muestra de ello es la STS/4<sup>a</sup> de 30 de noviembre de 2011 (Rec. 2743/10) dictada en Sala General negando la incidencia de la STS sobre un asunto análogo.

De admitirse la contradicción, resta por decidir cuál ha de ser el papel del Tribunal Supremo al resolver un eventual recurso de casación unificadora como éste. Si esa contradicción no genera problemas, la aplicación de la doctrina del TJUE parece la única salida posible.

Todo ello lleva a la conclusión de que el legislador está reforzando el papel del Tribunal Supremo como juez europeo, poniendo el acento en la obligación de diálogo con el TJUE<sup>14</sup>, asumiendo que la tesis del Tribunal de Luxemburgo según la cual debe impedirse que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se ajuste a las normas del Derecho comunitario [STJ 4.11.1997, as. *Parfums Christian Dior* (C-337/954); y 4.6.2002, as. *Lyckeskog* (C-99/00)].

Conviene recordar lo que ha señalado la STJ de 5.10.2010, as. *Elchinov* (C-173/09)<sup>15</sup>, cuando responde que «El Derecho de la Unión se opone a que un órgano jurisdiccional nacional, al que corresponde resolver un asunto que le ha sido remitido por un órgano jurisdiccional superior ante el que se interpuso un recurso de casación, se encuentre vinculado, con arreglo al Derecho procesal nacional, por valoraciones jurídicas efectuadas por el órgano jurisdiccional superior, si, habida cuenta de la interpretación que ha solicitado al Tribunal de Justicia, estima que dichas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión»<sup>16</sup> [tomando como antecedente la STJ de 16.1.1974, as. *Rheinmühlen-Düsseldorf* (C-166/73)].

<sup>14</sup> Vid. BAQUERO CRUZ, J. *De la cuestión prejudicial a la casación europea: reflexiones sobre la eficacia y la uniformidad del Derecho de la Unión*, REDE 13/2005.

<sup>15</sup> Vid. MURPHY, C. *An effective right to cross-border healthcare? On patients, primacy and procedural autonomy: comment on Elchinov*. *European Law Review* 4/2011, págs. 542-553.

<sup>16</sup> Las Conclusiones del Abogado General P. CRUZ VILLALÓN, presentadas el 10.6.2010, se decantaban por la solución contraria.