

STSJ Madrid 10 octubre 2007

(= trabajo ejecutado en Marruecos)

Cuestiones:

1º) ¿Es correcta la aplicación a este caso del Derecho español?

2º) ¿Debió aplicarse al supuesto el Derecho laboral marroquí?

3º) ¿Qué norma de conflicto es aplicable para determinar la Ley reguladora de la relación laboral en este supuesto?

4º) ¿Qué incidencia presenta el hecho de que la regulación de una institución de Derecho laboral sea distinta en el Derecho español y en el Derecho marroquí?

5º) ¿Se produce en este caso un dépeçage legal del contrato?

6º) Valore de modo crítico la sentencia y el Voto Particular contenido en la misma.

STSJ Madrid 10 octubre 2007

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que estima la pretensión actora sobre derechos laborales, se interpone por la abogacía del Estado, Recurso que, en el único motivo, al amparo procesal del art. 191 c) L.P.L, se denuncia la vulneración de los arts. 46.3 E.Ty del art. 156 del Código de Trabajo del Reino de Marruecos, censura jurídica que no puede prosperar, porque, centrada la cuestión debatida en si el art. 156 del Código de Trabajo del Reino de Marruecos contempla o no la misma institución jurídica que el art. 46.3 E.T, con la consecuencia de que de no hacerlo sería aplicable este último en virtud de lo previsto en el contrato de trabajo suscrito el día 16 de febrero de 1996 (ordinal 1º), por aplicarse la legislación española en defecto de la marroquí, mientras que de hacerlo, aún con una regulación diferente y un contenido distinto en cuanto a la duración de la excedencia, habría de estarse a lo dispuesto en el art. 156 citado, la conclusión no puede ser otra que lo contemplado en unoy otro precepto solo se asemejan en la previsión de una excedencia a la madre, pero mientras que el art. 46.3 E.Testablece un derecho

subjetivo del trabajador no condicionado por el consentimiento del empresario, carácter que se enfatiza en su párrafo 3º: "La excedencia contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres", el art. 156 del Código de Trabajo del Reino de Marruecos es una proyección más del principio contractual de la libre voluntad de las partes, porque lo que en él se regula es la posibilidad de un pacto entre el empresario y la trabajadora (documento 3 de la parte actora), ya que literalmente la trabajadora solo puede beneficiarse de la excedencia "de acuerdo con su empleador". Además, la excedencia regulada en el art. 46.3 E.T queda reforzada por un derecho esencial del trabajador como es la reserva de un puesto de trabajo durante el primer año o transcurrido ese plazo, de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, previsión ausente del art. 156 del Código de Trabajo del Reino de Marruecos. En definitiva, no es que uno y otro precepto regulen con diferente duración la excedencia de la madre, sino que uno contempla el derecho individual de la trabajadora y el otro no. En ausencia por tanto de una regulación laboral por la legislación del país sede de la oficina judicial, de la institución contemplada en el art. 46.3 E.T, procede aplicar este último.

SEGUNDO.- De conformidad con el art. 233.1 L.P.L desestimado el recurso se han de imponer las costas a la parte recurrente fijándose los honorarios del letrado de la parte recurrida en trescientos euros.

VISTOS los anteriores, y obligados por el artículo 120.3 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978, razonamientos y argumentos, así como los mencionados preceptos y los demás de general y debida aplicación, los Ilmos. Sres. Magistrados referenciados en el encabezamiento de esta sentencia, previos los actos de dación de cuenta por quien de ellos fue designado Ponente, y conjuntas deliberación, votación y fallo.

F A L L A M O S

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE

VOTO PARTICULAR

que formula la Ilustrísima Señora Magistrada doña MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA, Magistrada de esta Sala, a la Sentencia dictada en el recurso de suplicación 944/07.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sra. Olgafue contratada para prestar servicios en la oficina comercial de España en Rabat. En marzo del 96 solicitó la concesión de excedencia por cuidado de hijo al amparo del art. 46.3 E.T. La Administración española concedió la excedencia pero en los términos que venía regulada en el art. 156 del Código de Trabajo del Reino de Marruecos; es decir, por plazo de un año cuyo cómputo comenzaría el 1 de julio de 2006.

La citada trabajadora formuló demanda contra tal decisión por considerar que el

régimen aplicable a la excedencia por cuidado de hijos que tenía concedida era el establecido en la normativa española, siendo estimada su pretensión por sentencia del juzgado de lo social nº 2 de Madrid de fecha 20 de diciembre de 2006.

El Ministerio condenado recurre en suplicación, a cuyo fin articula un motivo único que ampara en el apdo. c) del art. 191 L.P.L. La mayoría de los integrantes que conforman la Sección del órgano judicial del que formo parte entienden que el recurso debe ser desestimado. Al discrepar respetuosamente de ese criterio, formulo voto particular asentado en las razones que paso a exponer.

SEGUNDO.- El recurso plantea que, conforme al convenio de Roma, la legislación laboral por la que se rige el contrato de la actora es la marroquí sin que tal extremo se discutiera en juicio. Por lo tanto, como quiera que en tal normativa la figura de la excedencia por cuidado de hijos se encuentra regulada en el art. 156 del Código de Trabajo, es el régimen establecido en dicha disposición el que resulta aplicable. El hecho de que esta regulación sea distinta a la configurada en el art. 46.3 E.Tno debe llevar a aplicar este último precepto, pues lo decisivo es que tanto éste como el citado art. 156 del Código de trabajo marroquí regulan un mismo supuesto de hecho y, por ello, no hay necesidad de acudir a la legislación española, ya que esta última sólo se aplica en ausencia la disposición laboral marroquí.

Al impugnar estas alegaciones la parte actora niega que la normativa marroquí sea aplicable al caso presente. Defiende esta posición a partir de 3 argumentos: 1º) Por aplicación de la Convención de 20 de noviembre de 1959 sobre Derechos del niño, a tenor de la cual en todas las medidas concernientes a los niños que adopten las instituciones en materia de bienestar social se atenderá primordialmente al interés superior del niño. 2º) Porque el mismo contrato de la actora remite a la legislación española, en la medida que establece cláusulas tales como "... serán también de aplicación las normas generales que, sobre funcionamiento de las oficinas comerciales, dicte la Dirección General de Política Comercial" 3º) Porque el art. 3.1 del Convenio de Roma acuerda que los contratos se rigen por la ley elegida por las partes, contando en tal elección con la posibilidad de que la ley elegida se aplique sólo a una parte del contrato, y, conforme a esta previsión, puede entenderse que los litigantes de este proceso han elegido la aplicación de la legislación española en todo lo relacionado con la maternidad, llegando a tal conclusión en atención a que el Ministerio demandado concedió a la actora un período de descanso por maternidad de 16 semanas así como una hora de lactancia en los 9 primeros meses de su hijo, lo que denota la voluntad de que sea la legislación española la que regule cuantas situaciones se refieran a la maternidad, entre ellas la excedencia por cuidado de hijo que ahora se pretende.

Así centradas las posiciones de las partes, vemos que el principal punto en litigio es la determinación de la legislación aplicable a la situación de excedencia por maternidad solicitada por la Sra.Olga.

TERCERO.- El Juez de instancia resuelve al respecto que ha de ser la normativa española "ante la ausencia de norma parangonable en el ordenamiento jurídico laboral marroquí", ya que "la institución existente en el Derecho Español no tiene parangón ni homologación sustancial en el Derecho marroquí". Lo que quiere decir con estas

expresiones se explica diciendo que, mientras en el ordenamiento español el art. 46.3 E.T. configura la excedencia como un derecho individual del trabajador y establece durante la misma un régimen legal determinado, en el derecho marroquí "existe un desconocimiento e inexistencia de dicha institución (derecho a excedencia por cuidado de hijo)", ya que tal derecho no es incondicional, puesto que la suspensión de la relación laboral por la citada causa debe ser "de acuerdo con su empleador".

El art. 156 del Código de Trabajo marroquí (que debería figurar en el relato de hechos declarados probados, puesto que es una norma extranjera que las autoridades judiciales españolas no tienen el deber de conocer y, por tanto, debe ser acreditado por las partes procesales) se reseña en el tercer fundamento de derecho de la resolución impugnada, y su contenido recoge: "En vista de educar a su hijo, la madre asalariada puede, de acuerdo con su empleador, beneficiarse de una excedencia no pagada de un año".

Luego, pocas dudas puede haber en cuanto a que la excedencia por cuidado de hijo está expresamente regulada en la normativa marroquí, sin que tal hecho pueda negarse en atención a que el régimen de esta figura sea distinto al de la normativa española, porque es evidente que una cosa es la común existencia de una institución en varios ordenamientos jurídicos y otra distinta la diferente regulación que los ordenamientos comparados otorguen a tal institución. El hecho de que tal regulación sea diferente no puede llevar a desconocer la existencia misma de la figura jurídica en cuestión. Esto vale tanto para la excedencia como para cualquier otra materia, como puede ser, por ejemplo, el caso de la prescripción, de modo que, si mal podría negarse el establecimiento de la prescripción en el ordenamiento marroquí por el hecho de que su configuración normativa fuera diferente a la prescripción del ordenamiento español, igual conclusión se aplicará en el caso de la excedencia por cuidado de hijos.

Por otra parte, no ignoremos que el hecho de que a la excedencia en el Código de Trabajo marroquí se pueda acceder por acuerdo con el empresario no es relevante porque en este caso el empleador ha dado su conformidad con esa excedencia y lo que se discute es sólo la duración, si debe ser de un año (Código marroquí) o de dos (E.T.), debiendo entender, por las razones explicadas, que es de una anualidad.

CUARTO.- Tampoco parecen más convincentes para descartar la aplicación de la normativa marroquí las razones que aporte el escrito de impugnación.

El art. 3 del Convenio de Roma establece lo siguiente: Art. 3.1 del Convenio de Roma: "Los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias.- Para esta elección las partes podrán designar la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato".

Al amparo de esta previsión las partes del contrato de trabajo suscrito el 16 de febrero de 1996 entre el Ministerio de comercio y Turismo y la Sra. Olga estipularon lo siguiente: "las disposiciones legales sobre seguridad y previsión social serán observadas con arreglo a la legislación del país sede de la oficina comercial... Las restantes condiciones de trabajo se regirán por la reglamentación laboral del país o en su defecto

por la legislación española". Por tanto, en materia de seguridad y previsión social la normativa marroquí se aplica siempre con carácter único en todos los casos; en el resto de materias que afectan a la relación laboral, se aplica con preferencia la normativa marroquí y, en su defecto (es decir, a falta de previsión expresa), la legislación española.

Consecuentemente, la normativa a aplicar está establecida en esas reglas. No puede por ello acogerse la postura de la parte impugnante al defender que prima la legislación española.

CUARTO.- La Convención de 20 de noviembre de 1959, citada por la trabajadora ni puede primar sobre lo establecido en el Convenio de Roma ni se refiere a medidas laborales sino a otras de tipo distinto (custodia, tutela, etc.). Consecuentemente, tampoco puede acogerse esta causa de oposición al recurso que plantea el escrito de impugnación.

QUINTO.- En cuanto a la normativa interna de la Administración Española, es manifiesto que de ella no se puede deducir ninguna remisión a la normativa laboral española. Al hacer mención a "las normas generales que, sobre funcionamiento de las Oficinas Comerciales, dicte la Dirección General de Política Comercial" se está refiriendo a la organización interna de la oficina comercial de España en Rabat, a la parcela puramente empresarial, no a la regulación de los derechos laborales de los trabajadores adscritos a la misma, porque la citada Dirección General carece de competencias para proceder a una regulación de ese orden. Por otra parte, no consta que en esas normas generales sobre funcionamiento de las oficinas comerciales de España en el extranjero se regule la excedencia de los trabajadores.

SEXTO.- La elección por las partes contratantes de la aplicación parcial de la normativa española en todo lo referido a la situación de maternidad, que es el último de los argumentos de la trabajadora, difícilmente puede admitirse a partir del texto recogido en el hecho declarado probado primero.

La hipotética aplicación a la Sra.Olga de alguna de las normas españolas que se refieren a aquella situación, en supuestos tales como el permiso de lactancia, ni está acreditada ni, caso de estarlo, permitiría distinta conclusión, pues, como se ha dicho, la posibilidad de aplicar alguna norma laboral española depende específicamente de que la figura que se regula a través de la misma no esté expresamente contemplada en el ordenamiento laboral marroquí, lo que supone que puede existir dentro de este último sistema jurídico la excedencia por maternidad (razón por la que hay que aplicar la regulación que a tal efecto se establece), pero no otras figuras que sí se contemplan en la normativa española (razón que justificaría la aplicación de estas últimas, precisamente por la ausencia de disposición extranjera).

SÉPTIMO.- Por último lassentencias de esta Sala de lo Social de fechas 7 de marzo de 2005 (recurso 6036/04) y 5 de octubre de 2005 (recurso 2832/05) citadas en el escrito de impugnación parten de un supuesto de hecho claramente distinto al enjuiciado en los presentes autos.

La primera de ellas recoge con toda claridad que la aplicación de la normativa

laboral española en materia de excedencia por cuidado de hijos obedece al hecho de que la legislación laboral china, elegida por las partes contratantes, no contiene ninguna de las clases de excedencia que contempla la legislación española, dando así pie a la aplicación de esta última por haberse pactado de modo expreso tal aplicación supletoria.

La misma circunstancia se da en la segunda de las citadas sentencias, con la particularidad de que en ese caso la normativa laboral aplicable es la establecida en el Estado de Nueva York, que tampoco regulaba la clase de permiso pretendido por la trabajadora solicitante.

La diferencia de supuestos de hecho concurrentes en esos litigios y en el presente llevan a distinta solución jurídica, siendo la que corresponde en este caso la ya indicada. Por el contrario, esta Sala ha declarado que la legislación española sólo es aplicable en caso de ausencia total de regulación en el derecho extranjero de la figura controvertida (sentencia de 12 de junio de 2001, AS 2955).

Por ello el recurso se debería haber estimado.

OCTAVO.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el art. 233.1 L.P. es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por el MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 2 de los de MADRID de fecha 20 DE DICIEMBRE DE 2006, en sus autos 384/06, seguidos a instancia de D. Olga contra dicha parte recurrente, en reclamación de EXCEDENCIA. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y desestimamos la demanda. Sin costas.

Así, por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

- - - -