

# EL TRATAMIENTO IGUAL EN LA EMPRESA

## SUMARIO:

- I. *Introducción*: Libertad contractual y vinculación funcional. El tratamiento igual y la jurisprudencia. Su necesidad.—II. *El tratamiento igual y el principio de igualdad ante la Ley*: A) El principio de igualdad ante la Ley: Significado. La igualdad jurídica y la igualdad fáctica. La igualdad ante la Ley en el trabajo de la mujer. B) Igualdad constitutiva y tratamiento igual. C) Delimitación del tratamiento igual: El tratamiento igual y el uso de Empresa. El tratamiento igual y la regulación contractual unitaria. El tratamiento igual y el llamado principio de equivalencia.—III. *Presupuestos del tratamiento igual*: A) Subjetivos. B) Objetivos.—IV. *Fundamento jurídico del tratamiento igual*: A) Prejurídico. B) Jurídico: 1. Constitucional. 2. Laboral: a) Deber de protección. b) El concreto orden empresarial. c) La «Normenvollzugstheorie». d) La irrenunciabilidad. e) La paz laboral. f) La comunidad jurídico-laboral. g) Exigencias de la colectivación de las relaciones laborales. 3. Jurídico-positivo.—V. *Eficacia jurídica del tratamiento igual*: A) Formulación negativa. B) Formulación positiva. C) Susceptibilidad de exclusión contractual. D) Efectos de su violación.—VI. *El tratamiento igual y sus manifestaciones*: A) En la obligación salarial. B) En el deber de protección. C) En el ejercicio del poder directivo. D) De la potestad disciplinaria.

## I

### INTRODUCCIÓN

Resalta la sociología del trabajo contemporánea (1) —como uno de los aspectos más fundamentales de la finalidad perseguida por la persona humana al integrarse actualmente en la producción laboral— la importancia de la seguridad en la Empresa laboral. Seguridad de cara al futuro, despejando toda suerte de incógnitas que los riesgos de la vida puedan traer. Pero también seguridad presente, de forma que pasa a constituir una condición *sine qua non* del buen funcionamiento empresarial el conocimiento de que la genérica puesta a disposición laboral de los trabajadores —exigencia inevitable de la producción en masa— será actualizada conforme a Derecho.

El trabajador, al entrar a formar parte de una relación laboral, se sabe protegido por el Estado o por sus representantes profesionales, de cuya actividad normativa se derivarán unas limitaciones al actuar empresarial. Se con-

---

(1) Cfr. KOENIG: *Soziologie*, Francfort, 1958.

figura así un marco de legalidad a las decisiones del empresario, dentro del cual señalará contractualmente su propia «ley» (art. 1.091 del Código civil), en forma expresa o tácita.

Sobre los mínimos señalados por la protección estatal individualizada o por la autoprotección colectiva impera la libertad contractual, la libertad que disfruta el empresario como parte de una relación contractual.

Ahora bien: afirmar la libertad contractual como base fundamentadora de la relación laboral no supone, en modo alguno, legitimar al titular de la Empresa laboral o económica para todo tipo de actuaciones.

El empresario es titular de una serie de facultades exorbitantes a los esquemas contractuales tradicionales del Código civil. Las necesidades de dirección empresarial exigen, no obstante lo previsto en el artículo 1.256 del Código civil, se le legitime para determinar cómo haya de concretarse la genérica puesta a disposición efectuada en su día por el trabajador y se le otorguen unas facultades disciplinarias para sancionar toda infracción del orden laboral colectivo. En fin, en su manos permanece la posibilidad de efectuar mejoras en la contraprestación ofrecida al trabajador, en la obligación salarial o en ese núcleo indiferenciado de deberes de conducta que nuestra doctrina laboral genéricamente denomina deber de protección.

Pero esta situación de excepción respecto a los esquemas contractuales tradicionales que representa el *status* jurídico empresarial posee unas limitaciones. Entre ellas, la obligación empresarial de, en los márgenes de su libertad contractual, no proceder respecto de alguno o algunos de sus trabajadores en forma injustificadamente discriminatoria.

El ejercicio de su potestad disciplinaria no puede realizarse arbitrariamente. Salvadas las necesidades empresariales —a cuyo servicio ha de estar la responsabilidad disciplinaria—, el empleador no podrá arbitrariamente sancionar o dejar de sancionar la misma falta laboral cometida por diversos trabajadores de una misma Empresa laboral.

No estaría tampoco justificada la exclusión unilateral infundada de uno o varios trabajadores de instituciones empresariales. Así lo pueden exigir necesidades de la Empresa o venir determinado, por ejemplo, como consecuencia de la conducta de los trabajadores en cuestión. Impedir el acceso a los lugares empresariales de recreo, cantinas, clubs... o centros de veraneo a determinados trabajadores podría llegar a ser para éstos vejatorio y constituir una infracción empresarial de la buena marcha de la relación laboral.

La exclusión de determinados trabajadores de una orden —prohibitiva o imperativa— puede constituir una alteración de la producción empresarial.

Aun en el reducto de lo más contractual de la vida laboral, cual es la prestación salarial, pueden introducirse consideraciones de igualdad. En prin-

cipio, cada trabajador es remunerado conforme a sus especiales circunstancias, según los criterios contractualmente establecidos sobre los mínimos legales. Pero atentaría a la igualdad que debe presidir la relación laboral si un trabajador fuera excluido de gratificaciones empresariales, que si en su origen fueron producto de la liberalidad, adquirieron cierta vinculación jurídica: la procedente del deseo empresarial de garantizar con generalidad tal partida salarial.

En todos los casos, expuestos a título de ejemplo, se deja entrever una problemática muy expresiva: el juego entre la libertad contractual del empresario y las limitaciones impuestas por los efectos colectivos de su ejercicio. En el estudio de éstas será indispensable analizar la verdadera causa del comportamiento desigual. Llegando así a la conclusión de que el actuar empresarial obedece al ejercicio de su libertad contractual —siendo o no consecuencia de una más o menos afortunada política de personal— o al deseo de, por injustas discriminaciones, provocar dimisiones entre ciertos trabajadores.

#### *Libertad contractual y vinculación funcional*

La posible entrada en escena del tratamiento igual en la vida de la Empresa laboral presupone una vinculación funcional de las facultades empresariales.

Al insertarse la producción laboral en unos moldes colectivos, los derechos empresariales se convierten en funciones. La libertad contractual se colorea y limita funcionalmente, dando lugar para la posible intervención de consideraciones de igualdad (2). Más concretamente: la libertad contractual de conformación de las relaciones laborales sufre sus limitaciones como consecuencia de las consideraciones jurídicas de igualdad (3). La conformación empresarial de las relaciones laborales *supra o praeter legem*, o en superación de lo contractualmente fijado, si mediante generalidad en su actuación —es decir, si se dejare entrever un sistema—, deberá tener en cierta forma presentes las necesidades de la igualdad frente a los componentes de su personal (4).

---

(2) GAUL, prólogo a FREY: *Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht bei geldlichen Ansprüchen*, Colonia, 1963: «De tal forma que el tratamiento igual se convierte en campo de fricción entre la obligatoriedad social y la libertad contractual entendida individualmente. En este doble juego recibe su justificación, pero también sus límites.»

(3) ASSANTI: *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milán, 1963, pág. 139: «Incidano conseguentemente, se pure in modo indiretto, sulla libertà del datore di lavoro nell'avvalersi dei diritti e nell'essercizio dei poteri che gli sono attribuiti.»

(4) NIKISCH: *Arbeitsrecht*, III, Tubinga, 1966, pág. 256.

La igualdad de tratamiento introduce sus exigencias jurídicas en el marco empresarial. No permanece al margen de lo jurídico: tiene algo más que relevancia sociológica (5) o que exclusivas consecuencias fácticas de política de personal.

Pero no se crea que tal limitación de la libertad contractual sea dominio exclusivo del Derecho del trabajo. Adquiere en éste especial importancia. Sin embargo, resulta inherente en el Derecho privado a toda institución jurídica que implique la presencia de una colectividad: verbigracia, sociedades, pluralidad de deudores o acreedores... (6). La colectivación de una relación jurídico-privada no le quita su fundamentación originaria, pero introduce serias limitaciones jurídicas: en función precisamente de la seguridad jurídica de la colectividad. La relación colectivada exige una cierta funcionalización del *status* jurídico de quien está situado frente a una colectividad. Los componentes de ésta no pueden quedar omnímodamente al arbitrio de una libertad contractual, incluso hasta los límites de un ejercicio discriminatorio (7).

El empleador ha sido, en cierta forma, expropiado del ejercicio unilateral e ilimitado de sus facultades. Incluso su libertad contractual de conformar las relaciones laborales está condicionada por la inserción de la producción laboral en el marco empresarial (8). Mediando una colectividad, habrá de respetar los derechos de sus miembros a la seguridad jurídica derivados del requerido tratamiento igual.

La presencia de una colectividad en la ejecución laboral condiciona el *status* jurídico empresarial, pero no en función de una pretendida comunidad laboral. La ficción de la comunidad laboral —en su consideración de pilar de la protección jurídica del trabajador— quedó debilitada en nuestro Ordenamiento a raíz de la legitimación del conflicto de intereses en la vida laboral como consecuencia de la admisión de los convenios colectivos en 1958 (9). No se vincula la actividad empresarial a los intereses de la comunidad laboral (Be-

(5) Cfr., de forma diferente, MONTOYA: *El poder de dirección del empresario*, Madrid, 1955, pág. 220.

(6) Cfr. G. HUECK: *Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung im Privatrecht*, Berlín, 1958. El autor analiza en su trabajo, escrito con ocasión de su *venia docendi*, las consecuencias jurídico-privadas de la igualdad de tratamiento; en su seno y a manera de parte del conjunto, su relevancia jurídico-laboral.

(7) G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 70: «El empleador está impedido en virtud del tratamiento igual para realizar en el marco empresarial diferenciaciones arbitrarias, ajenas a su función.»

(8) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Empresa y contrato de trabajo». *Anales de la Universidad Hispalense*, 1960, III, págs. 41 y sigs.

(9) Cfr. mi trabajo *La sanción disciplinaria en la Empresa*, Madrid, 1969, páginas 60 y sigs.

*triebsgemeinschaft*), por constituir el llamado jefe de la Empresa su encarnación. Las facultades empresariales se funcionalizan en garantía de la seguridad jurídica de los componentes de la colectividad laboral. Entre el margen de la libertad contractual y la vinculación legal o contractual mediará en la relación laboral el condicionamiento teleológico de la función empresarial inherente a toda medida con relevancia jurídico-colectiva. Es decir, siempre que en el otorgamiento de condiciones laborales supraleales o supracontractuales deje entreverse una generalidad, un sistema (10).

Pero la funcionalización de las facultades empresariales y la consiguiente necesidad del tratamiento igual no puede ser exagerado en la vida laboral. En efecto, supone mera limitación del ejercicio de las facultades empresariales —prohibiendo el tratamiento discriminadamente injusto—, pero no implica mandato de tratamiento igual. Se respeta la libertad contractual, pero con las restricciones requeridas por la seguridad jurídica de los componentes de la colectividad interviniente (11).

### *El tratamiento igual y la jurisprudencia*

Podrá fácilmente comprenderse la importancia de la función judicial en la configuración y vida jurídica del tratamiento igual como institución de la vida empresarial.

Afirmar que entre dos situaciones media relación de igualdad —o al menos de similitud— implica establecer una comparación sin caracteres de generalidad. No existe igualdad abstracta en el comportamiento humano, individualizado siempre por un sinnúmero de circunstancias peculiares.

Tenían razón, por tanto, los traductores del Compendio de Derecho del Trabajo (12) cuando resaltaban la importancia de la jurisprudencia. Ella ha de ser quien en nuestra patria, al igual que en ordenamientos extranjeros, conforme jurídicamente al tratamiento igual y delimite su eficacia.

(10) Cfr. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, III, pág. 254.

(11) Ahí la gran diferencia con el planteamiento de la cuestión en el Derecho administrativo. En éste su motor estructural es el interés público; en el Derecho del trabajo media un interés privado, aunque coloreado por la intervención de una colectividad. Por ello, quizá hubiera que apreciar ilegalidad —más que desviación de poder— en el ejercicio viciado de una potestad discrecional administrativa que infrinja el principio de igualdad. Cfr. ENTRENA: *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 38, pág. 68. El titular de la Empresa laboral, por el contrario, no está obligado al trato igual, pero le está prohibido el tratamiento injustamente desigual.

(12) HUECK-NIPERDEY: *Compendio del Derecho del trabajo*, traducción de RODRÍGUEZ-PIÑERO y DE LA VILLA, Madrid, 1963, pág. 167.

No ha tenido todavía un planteamiento global en nuestra doctrina legal laboral (13). La cuestión ha aparecido, eso sí, en aspectos parciales y siempre en referencia a la materia salarial.

En la sentencia de 25 de septiembre de 1964 trata el Tribunal Supremo, aunque sea para denegar la pretensión del recurrente, el punto neurálgico del tratamiento igual: la prohibición en la Empresa laboral de injustas diferencias. Así, afirma que «la desigualdad de salarios no supone necesariamente una discriminación caprichosa y arbitraria, sino que con frecuencia obedece a circunstancias particulares..., sin que ello implique ofensa para quienes no alcancen ese más elevado devengo, ni un infundado y odioso privilegio para los favorecidos y cuya diferencia remuneratoria pueden adoptar las Empresas en uso legítimo de la libertad de contratación de servicios...» (14).

Salvada tal ocasión, deja sentirse el tratamiento igual en nuestra doctrina legal laboral como algo accesorio y conexo a otra fundamentación jurídica. Se utiliza la llamada al necesario tratamiento igual como refuerzo de la argumentación jurídica en litigio (15).

A la doctrina corresponde —esa va a ser nuestra tarea— dar cabida en nuestra normativa actual al tratamiento igual. La jurisprudencia deberá reforzar su validez y precisar no sólo su alcance, sino especialmente cuando haya o no similitud y cuando haya o no discriminación vejatoria.

Los Tribunales deberán proseguir, pues, en la labor de enmarcar jurídicamente el ejercicio de las facultades empresariales. Ahora, respondiendo a necesidades de la seguridad jurídica de los trabajadores intervinientes en la colectividad laboral.

\* \* \*

---

(13) Vid. en Alemania su importancia en infinidad de sentencias del Tribunal Federal del Trabajo, recogidas en su colección oficial.

La repercusión en el Derecho comparado ha sido enorme. Véase, por ejemplo, KATZ: *La obligación de tratar de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias*, en *el Derecho del trabajo*, en «Derecho del Trabajo», mayo 1958, para el Derecho argentino; o ASSANTI: *Le sanzioni disciplinari*, pág. 133.

(14) Indica, sin embargo, VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*, Madrid. 1968, página 541: «Hay (en nuestra jurisprudencia) muchos pseudo-principios generales cuya función parece ser de simple estética en la resolución. Igual sucede con la generosa admisión de principios progresivos en sentencias desestimatorias, en los *obiter dicta* irrelevantes.»

(15) Por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1963: se utiliza «la equidad y el tratamiento igual ante situaciones iguales» para fundamentar en un determinado problema la vigencia del principio de respeto de la condición más beneficiosa.

El tratamiento igual adquiere unos rasgos estructurales bien delimitados. Se trata de una institución jurídica dotada de una específica fisonomía en el Derecho privado.

Su utilización y ubicación en el Derecho laboral pertenece al mérito de la doctrina y jurisprudencia alemanas. Son ya célebres las obras de G. Hueck, Frey, Gaul, Raiser, Leibholz o las diferentes posiciones doctrinales mantenidas por los autores en sus tratados y manuales. Su introducción en la doctrina y jurisprudencia latinas responde a los esfuerzos de la dogmática italiana: se deja, primero, entrever tangencialmente en diferentes autores, verbigracia, en Assanti, Scognamiglio, Galopini, Ghera, Cessari o recientemente en Smuraglia; pero ha sido sobre todo Rescigno quien ha efectuado un tratamiento global de la institución que nos ocupa. A modo de larga recensión de la doctrina alemana nos detalla la situación jurídica del «principio di eguaglianza nel diritto privato», en su obra *Persona e comunità* (Bologna, 1966).

Entre nosotros, Rodríguez-Piñero refleja fielmente la problemática al respecto en sus apuntes de clase multicopiados. Igualmente se ha ocupado de la institución Blanco desde las páginas de esta misma REVISTA.

### *Su necesidad*

Afirmar la necesidad del tratamiento igual en la vida empresarial española es una consecuencia de los efectos a que conduce la arbitrariedad, tanto en el plano de la pura relación contractual como en el más propiamente empresarial.

Ha de entenderse previamente que lo realmente prohibido es la arbitrariedad en el tratamiento desigual. La desigualdad es mero cauce para llegar al convencimiento sobre la existencia o no de arbitrariedad en una decisión empresarial (16). La motivación de ésta pertenece al ámbito de lo subjetivo, en el cual no se puede introducir jurídicamente, sino por medio de pistas objetivas. En principio, cabe decir que el tratamiento desigual lleva consigo la presunción de arbitrariedad (17), de forma que el empleador deberá probar que su actuación se encuentra legitimada, que no hubo arbitrariedad injusta, y mucho menos, intención vejatoria. El tratamiento igual —en cuanto institución típica del Derecho laboral— introduce la presunción de arbitrariedad en la desigualdad de trato dispensado por el empleador en las medidas co-

---

(16) FREY: *Der Grundsatz*, pág. 14: «El tratamiento igual es una cuestión instrumental que cumple una función subsidiaria.»

(17) FREY: *Der Grundsatz*, pág. 12.

lectivamente relevantes; entre el hecho demostrado —tratamiento desigual— y aquel que se trate de deducir —arbitrariedad— media un enlace preciso y directo (art. 1.253 C. c.).

En el plano empresarial, la actuación arbitraria del empleador tiene como consecuencia un malestar colectivo, susceptible de cuajar en una situación de conflicto o incluso de contienda colectiva. Ahí radica con frecuencia la verdadera causa de conflictos colectivos, cuya exteriorización más o menos violenta toma ocasión de motivos circunstanciales, verbigracia, una sanción disciplinaria a un representante del personal (18 y 19).

Quizá sea la desigualdad injustificada la fuerza psicológica más radicalmente contraria a la integración de la convivencia laboral (20).

Si la responsabilidad disciplinaria surge como necesidad de la doble puesta en juego del principio de continuidad de la relación laboral y del criterio de justicia —que exige una graduación entre la gravedad de las faltas laborales y las correspondientes sanciones disciplinarias (21)—, resulta también muy del espíritu del Derecho del Trabajo evitar que al trabajador no le quede otra alternativa que dimitir o aceptar la injuria empresarial con resignación e indefensión jurídica (22). Entre ambos extremos cabe la utilización del tratamiento igual como institución jurídico-laboral prohibitiva de la desigualdad empresarial vejatoria.

\* \* \*

Corresponde al presente trabajo delimitar el tratamiento igual, señalando sus contornos y diferenciándolo de instituciones afines, especialmente del principio de igualdad ante la ley (II). Veremos sus presupuestos (III), su fundamento (IV) y su eficacia jurídica (V), para concluir con el estudio de su problemática en las diferentes manifestaciones empresariales (VI).

---

(18) Cfr. mi trabajo *La sanción disciplinaria*, págs. 37 y sigs.

(19) Así lo ha entendido el legislador alemán, quien expresamente consagra en el parágrafo 51, I BetrVG el mandato —al empleador y órgano de representación colectiva del personal (Betriebsrat)— de actuar conforme al criterio de igualdad, según Derecho y equidad (nach Recht und Billigkeit). Cfr. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, III, pág. 254.

(20) Cfr. LUCAS VERDÚ, voz «Igualdad», *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XI, Barcelona, 1962, pág. 299.

(21) Cfr. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del trabajo*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1968, página 170 y sigs.

(22) Artículo 78 de la ley de Contrato de trabajo.



II

EL TRATAMIENTO IGUAL Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

A) *El principio de igualdad ante la Ley*

El Estado moderno aparece acompañado de una serie de principios políticos estructuradores. Uno de ellos es el principio de igualdad ante la Ley (23).

*Significado.*—La sociedad anterior a la Revolución francesa conocía una estructuración hermética de clases sociales, frente a la que reaccionarían los filósofos y pensadores prerrevolucionarios (24).

El principio de igualdad se convierte en bandera revolucionaria: «La ley fundamental de vuestra institución debe ser la igualdad» (Rousseau) (25). Supone el deseo de un cambio de las estructuras sociales, incluso frente a la inercia de quienes en ellas detentaban una situación de privilegio (26).

El artículo 1.º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 consagraría: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commun.»

El principio de igualdad ante la Ley vendría a constituir uno de los pilares de todo el constitucionalismo europeo. El Estado se compromete constitucionalmente a garantizar una actuación imparcial, sin distinción de personas. La actividad estatal se montará sobre un grado de abstracción y generalización superior a las desigualdades individuales no susceptible de valoración en los esquemas generales del Derecho y de las leyes (27). Se descubre con el Estado moderno la realidad de lo expresado por Ulpiano: *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (28).

El constitucionalismo actual —también el español, que tendremos ocasión

(23) Cfr., entre nosotros, VILLAR PALASÍ: *Derecho administrativo*, Madrid, 1968, páginas 541 y sigs.

(24) Cfr. ENTRENA: *El principio de igualdad*, págs. 63 y sigs.

(25) Vid. COLLIARD: *Libertés publiques*, París, 1959, pág. 148.

(26) SIEYÉS: *Ensayo sobre los privilegios*. «¿Qué es el tercer Estado? Nada. ¿Qué pide el tercer Estado? Ser algo.»

(27) Cfr. LUCAS: *Igualdad*, pág. 294.

(28) *Digesto*, I, 38.

de analizar— mantiene el principio de igualdad ante la Ley como fundamento de la organización jurídica (29).

Sin embargo, no nos encontramos ante el tratamiento igual, referido exclusivamente a la actuación empresarial. El principio de igualdad ante la Ley representa un compromiso contraído constitucionalmente por el Estado de garantía que nadie sería socialmente postergado por sus especiales circunstancias; verbigracia, origen, credo religioso, ideología, etc. El tratamiento igual, por el contrario, se mueve dentro ya del orden jurídico constituido, el cual —para ser constitucionalmente válido— ha de responder al principio de igualdad ante la Ley. Deriva de la vinculación funcional del actuar empresarial con relevancia colectiva, dentro de la esfera de su libertad contractual.

*La igualdad jurídica y la igualdad fáctica.*—El constitucionalismo surgiente de la Revolución francesa exageró sus caracteres de abstracción y generalidad quizá para combatir más eficazmente las situaciones de privilegio de la sociedad prerrevolucionaria.

La abolición de los privilegios obliga a consagrar formalmente la igualdad ante la Ley. Este formalismo igualitario estaba orientado por el predominio de los criterios procesales y de pura forma con una efectiva despreocupación de las condiciones reales, de las injusticias económico sociales (30).

Se garantiza constitucionalmente una «égalité devant la loi», al margen de la «égalité de fait» (31).

Fácilmente se comprende que en tales circunstancias todavía no hay lugar para el planteamiento del Derecho del trabajo, cuyo surgimiento se encuentra precisamente en conexión al cambio de lo que deba entenderse por igualdad. Con el advenimiento del Estado social de Derecho no interesará ya tanto el logro de una igualdad formal como la adquisición de una igualdad fáctica. Exige y presupone una política social del Estado tendente a conseguir una libertad contractual real —frente a la otorgada formalmente por los textos constitucionales anteriores— y una igualdad fáctica que requería como un *prius* la igualdad ante la Ley y una actividad estatal de protección del trabajador.

---

(29) Cfr. MAYTEW: *Law and Equal Opportunity: A study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*. Harvard University Press. Cambridge, Mass., 1968.

Vid. en el *Boletín Oficial del Estado* de 4 de diciembre de 1968 el Convenio número 111 de la Organización Internacional de Trabajo referente a la discriminación en materia de empleo y colocación.

(30) LUCAS: *Igualdad*, pág. 295.

(31) HAURIUO: *Précis de droit constitutionnel*, París, 1923: «Ce qu'on appelle égalité est une égalité devant la loi ou une égalité de droit légaux. Ce n'est pas une égalité de fait dans les conditions matérielles de la vie.»

Junto a la igualdad ante la Ley, entendida como declaración formal, surge una igualdad sustancial; su mutua interacción dio lugar a desajustes sociales (32). En ellos tendría su origen el Estado social de Derecho; con ocasión de los mismos adquiriría sus funciones de intervención, se constituiría en el Estado «invasor».

El tratamiento igual tiene su campo de acción sobre los límites mínimos señalados por la legislación laboral intervencionista. Mientras ésta suprime parcialmente la libertad contractual (arts. 4.º del Código civil y 16 de la ley de Contrato de trabajo), el tratamiento igual implica su limitación funcional conjunta.

*La igualdad ante la Ley en el trabajo de la mujer.*—Una de las más recientes concreciones en nuestra Patria del principio de igualdad ante la Ley tuvo lugar con ocasión de la ley de 24 de julio de 1961, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer. Algunas consideraciones sobre el tema nos pueden ayudar al esclarecimiento y delimitación del tratamiento igual.

Dicho texto legal trata de eliminar las trabas jurídicas, hasta entonces existentes en nuestro Ordenamiento, para equiparar el *status* jurídico de la mujer al del hombre. El sexo deja de ser criterio legítimo para la diferenciación jurídica.

La disposición final segunda de la ley en cuestión deroga las abundantes disposiciones que regulaban las condiciones laborales de la mujer en forma discriminada (33).

Como afirma el propio legislador en el preámbulo de la ley no se ha pretendido regular el *status* jurídico-privado de la mujer. «El legislador —dice Alonso Olea (34)— sólo ha querido abordar... los temas de la capacidad jurídico-pública de la mujer y no los de su capacidad jurídico-privada.»

Se hace mención al principio de igualdad ante la Ley, marginándose por voluntad legal el tratamiento igual.

Obsérvese, por ejemplo, la dicción del apartado segundo del artículo 4.º:

«Las disposiciones laborales reconocerán el principio de igualdad de retribución de los trabajos de valor igual.»

(32) ENTRENA: *El principio de igualdad*, pág. 64: «En cierta forma, las luchas políticas y sociales que se desarrollan a lo largo de los siglos XIX y XX podrían reconducirse a la lucha entre las dos interpretaciones.»

(33) Cfr. ALONSO OLEA: *La ley de 24 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer*, en «Revista de Administración Pública», número 36, págs. 337 y sigs.; y BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del trabajo*, I, páginas 323 y sigs.

(34) *La ley de 24 de julio de 1961*, pág. 328.

En modo alguno ha sido el deseo legal afirmar que se deban retribuir igualmente trabajos de igual valor. Por el contrario, se ordena a la potestad reglamentaria de la Administración Pública que evite la discriminación cuando regule la cuantía salarial. Deroga legislación anterior contraria (35).

El legislador, en su señalamiento de condiciones laborales mínimas, concretamente de condiciones salariales mínimas, no podrá efectuar discriminación en base al sexo (36) (36 bis).

Pero ese precepto, lo mismo que los demás contenidos en la ley de 24 de julio de 1961, no sirve de base legal suficiente para fundamentar la reclamación individual en base a injusta preterición o postergación de un trabajador (37).

Siendo jurídicamente vinculante para el Estado la prohibición de actuar con discriminaciones frente a la mujer en razón de su sexo, permanecen inalteradas al respecto las facultades empresariales. Resulta dudosa, sin embargo, la legitimación —al menos sería incongruente con el espíritu de la ley que nos ocupa— del empleador para dar un tratamiento discriminado a la mujer en el otorgamiento colectivo de condiciones laborales. En todo

(35) Vid. ALONSO OLEA: *La ley de 24 de julio de 1961*, págs. 341 y sigs.

(36) ALONSO OLEA: *La ley de 24 de julio de 1961*, pág. 344: «La prohibición de discriminación sólo puede operar y de hecho opera, y esto es lo que quiere el precepto que se comenta, creemos, respecto de los salarios mínimos, reglamentarios o pactados colectivamente.»

(36 bis) Cfr., sin embargo, el artículo 46 del Convenio Colectivo Sindical de Trabajo de ámbito interprovincial de la Industria Textil Sedera, cuya modificación ha sido homologada por resolución de la Dirección General de Trabajo de 28 de febrero de 1969: «... se establece que la retribución del personal femenino, en todos los supuestos, incluso cuando desarrolle trabajo de igual valor, será la correspondiente al salario para actividad normal de cada puesto de trabajo, reducido en un 8 por 100, porcentaje que se disminuirá al 4 por 100 en 1 de septiembre de 1970, alcanzándose la total equiparación de retribuciones masculinas y femeninas, transcurridos dos años desde dicha fecha.»

(37) Véase en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1968 la orientación jurisprudencial que se está iniciando en torno a la ley de 22 de julio de 1961, a la que se da mero «alcance programático».

Resulta interesante el análisis efectuado por BLANCO: *La consideración igual de los iguales*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 74, pág. 83, sobre el principio de «a igual trabajo igual salario»; lo estudia desde una perspectiva del Derecho internacional del trabajo, en función del artículo 233 del Código Internacional de Trabajo de la O. I. T. y de la Declaración 23,2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

caso, nadie puede evitar que se encubra una discriminación motivada aparentemente en razones físicas o sociológicas (38).

\* \* \*

El principio de igualdad ante la Ley aparece históricamente con el nacimiento del Estado. Originariamente se limitaba a una igualación formal del *status* jurídico de los ciudadanos. La invasión estatal, la aparición del Estado social de derecho, llena de un contenido distinto a la declaración constitucional sobre igualdad ante la Ley: por un trato jurídico desigual de los desiguales se intenta lograr su equiparación fáctica.

El principio de igualdad ante la Ley se concreta en una obligación contraída por el Estado sobre su propio actuar.

El empleador deberá ajustarse, si quiere permanecer en el marco de la legalidad, a lo preceptuado por la protección estatal individualizada o por la autoprotección colectiva.

Por encima de los mínimos proteccionistas, actúa el empleador con su libertad contractual. Pero si ejerce ésta frente a la colectividad de su Empresa —que no ha de afectar necesariamente a todo el personal de la misma— se encuentra funcionalmente limitado, siéndole prohibida la discriminación injustificada de uno o varios de sus trabajadores.

#### B) Igualdad constitutiva y tratamiento igual

El tratamiento igual va referido a una fase posterior a la constitución contractual de la relación laboral. Parte de la eficacia de lo pactado contractualmente. Hace relación, precisamente, al ejercicio de las facultades empresariales.

En la contratación existe un ámbito dejado a la libre pactación de las partes que pretenden vincularse. Estas pueden —en uso de su libertad contractual— conformar *intuitu personae* la relación laboral, estableciendo las

---

(38) ALONSO OLEA: *La ley de 24 de julio de 1961*, pág. 344: «No debe ocultarse la realidad de que los salarios reales... tienden a ser inferiores para la mujer que para el varón.» Cfr. CAPLOW: *Sociología del trabajo*, Madrid, 1958, págs. 389 y sigs.; ESPOSITO: *La giusta retribuzione femminile*, «Massimario di Giurisprudenza del Lavoro», 1958, págs. 285 y sigs.; SANTORO PASSARELLI: *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione femminile*, «Massimario di Giurisprudenza del Lavoro», 1960, páginas 147 y sigs.; RIVA SANSEVERINO: *Sulla traduzione positiva del principio parità di retribuzione per parità di lavoro*, «Justitia», 1959, pág. 277 y sigs.

modalidades oportunas. El contrato y las obligaciones contractuales de la relación laboral obligarán a las partes no en base al *volenti non fit iniuria*, sino por la libertad contractual que disfrutan. El contrato les faculta para apartarse incluso de eventuales regulaciones contractuales unitarias existentes en la Empresa (39).

El tratamiento igual representa, como digo, una fase posterior a la constitución de relaciones contractuales. Supone una vinculación funcional de las facultades empresariales exigida por el marco de colectividad en el que se desarrolla la prestación laboral.

El tratamiento igual puede encontrar expresa tipificación contractual. Tal sería el caso si se conviniera, por ejemplo, que el trabajador recibirá las prestaciones salariales principales y accesorias que colectivamente se otorgan a los pertenecientes a su categoría profesional en la Empresa. El tratamiento igual se convertiría en un derecho delimitado positivamente y de naturaleza contractual.

Cláusulas contractuales como la mencionada escapan al objeto del presente trabajo.

Propiamente, el tratamiento igual hace referencia al comportamiento empresarial en la ejecución de sus facultades, prohibiéndole tratamientos discriminadamente injustos.

Ello no obsta para que pueda establecer agrupaciones en el seno de su Empresa laboral a los efectos que tenga por conveniente —v. gr., remuneración, disfrute de determinados derechos, cumplimiento de determinadas funciones...—, con arreglo a criterios objetivos —v. gr., edad, función, obreros y empleados...— (40). Como tampoco implican nada en contra la exclusión a determinada persona de algunas pretensiones en consideración a sus circunstancias personales, tales como la infracción culpable del orden colectivo de producción o el rendimiento involuntariamente inferior al normal.

En el ejercicio de las facultades empresariales, y dentro del marco de su libertad de ejercicio, puede el empleador —con arreglo a su prudencia— establecer tales diferenciaciones. El tratamiento igual solamente se lo impide cuando sean injustas (41).

---

(39) Cfr. mi trabajo *La regulación contractual unitaria*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 80, 1968.

(40) Cfr. HUECK: *Der Grundsatz*, págs. 69 y sigs.

(41) Existiendo razones personales justificatorias —dice FREY: *Der Grundsatz*, página 34— el tratamiento discriminado se convierte en «gerechtigkeits —sach— und vernunftgemäß (reasonable), also nicht willkürlich».

C) *Delimitación del tratamiento igual*

Hemos hablado hasta ahora del tratamiento igual. Es llegada la hora de indicar concretamente qué naturaleza jurídica posee y delimitarlo frente a manifestaciones jurídicas similares existentes en la vida empresarial.

No existe un autónomo derecho subjetivo del trabajador al tratamiento igual. Constituye un mero efecto reflejo del desarrollo normal de la vida jurídica (42). Representa un elemento catalizador del actuar jurídico empresarial (43), que se inserta en el contrato de trabajo, condicionando la libertad empresarial en la conformación de la relación laboral (44).

Representa una manifestación concreta del espíritu de igualdad que informa la vida jurídica en el Estado de derecho, pero sin llegar a aniquilar uno de los pilares de este último: la libertad contractual.

El tratamiento igual es el campo donde con mayor crudeza se plantean en la vida laboral los efectos de una afirmación más o menos radical de la libertad empresarial —o, por el contrario, de la funcionalización del *status* jurídico empresarial—: la libertad jurídico-laboral del empleador acaba precisamente allí donde comienza su obligatoriedad de actuación, que en el caso concreto vendría determinada por el necesario tratamiento igual (45). La Empresa laboral se erige así en campo de batalla entre la libertad contractual formalmente caracterizada y la igualdad fáctica. Como instrumento de lucha aparece la institución del tratamiento igual.

*El tratamiento igual y el uso de Empresa.*—El uso de Empresa es una manifestación colectiva —aunque no normativa (46)— de conformación autonómica de las relaciones laborales, cuya actuación sobre la relación laboral requiere el soporte contractual (47). Entitativamente se constituye por una repetición en el tiempo de comportamientos contractuales (48).

---

(42) JELLINEK: *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, 1912, pág. 149: «Un puro effetto riflesso.»

(43) Cfr. LUCAS: *Igualdad*, pág. 294.

(44) G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 327: «No existe un derecho subjetivo al tratamiento igual; el tratamiento igual actúa, por el contrario, en cuanto directriz jurídica objetiva sobre la relación laboral que le fundamenta.»

(45) Cfr. GAUL, prólogo de FREY: *Der Grundsatz*, pág. 5.

(46) Cfr. mi tesis doctoral *Das Ordnungsprinzip im gegenwärtigen spanischen Arbeitsrecht*, Colonia, 1967, págs. 50 y sigs.

(47) Cfr. MENGEL: *Betriebliche Übungen*, Colonia, 1967, págs. 88 y sigs.

(48) NIKISCH: *Arbeitsrecht*, I, Tubinga, 1961, 25, V. 3.

El uso de Empresa, además, va referido a una pluralidad de supuestos y normalmente en forma indeterminada.

El tratamiento igual, por el contrario, no conoce anterioridad en el tiempo y sí sólo igualdad o desigualdad respecto a comportamientos coetáneos. Mientras que el uso de Empresa hace mención a una igualdad en el tiempo, el tratamiento igual implica una igualdad temporalmente estática, referida a un número determinado de supuestos apreciados en relación de similitud.

Si ambas instituciones jurídicas se delimitan dogmáticamente no puede menos de observarse cómo en la práctica van inexorablemente unidas; son resultado de una misma realidad subyacente: la colectivación de las relaciones laborales (49).

*El tratamiento igual y la regulación contractual unitaria.*—La regulación contractual unitaria supone una ordenación de las relaciones laborales contractualmente generalizada, de forma que —utilizando el cauce del contrato de trabajo individual— en realidad existe una ordenación colectiva de la prestación laboral (50).

Por el cauce del contrato se fundamenta jurídicamente una ordenación colectiva de las relaciones laborales. La regulación contractual unitaria implica la conformación contractual de las relaciones laborales con arreglo a un orden colectivo existente.

El tratamiento igual no aparece en la misma constitución de las relaciones laborales, sino posteriormente: en la ejecución de las obligaciones contractualmente constituídas.

La colectivación de las relaciones laborales, sin embargo, es el fenómeno jurídico-social determinante de ambas instituciones. En la regulación contractual unitaria, elevando el rango puramente contractual del contenido conformador y constituyente de la relación laboral. En el tratamiento igual, vinculando jurídicamente al empleador en el ejercicio de sus facultades empresariales, dentro del ámbito de su libertad sobre la legalidad y contractualidad.

*El tratamiento igual y el llamado principio de equivalencia.*—Algún sector aislado de la doctrina alemana (51) ha descubierto en la normativa labo-

(49) Cfr. mi *Derecho transitorio*, págs. 139 y sigs.

(50) Cfr. mi *Regulación contractual unitaria*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, número 80, I, 1968.

(51) Cfr. REHHAHN: *Aequivalenzprinzip und Leistungszulagen*, «Arbeit und Recht», 1956, págs. 37 y sigs.; *Zur Rechtsprechung im Akkordsachen*, «Arbeit und Recht», 1959



ral —ordinaria y constitucional— base legal suficiente para afirmar que la relación laboral y su reciprocidad sigue jurídicamente por los cauces de la equivalencia directa entre prestación y contraprestación. En algunos sectores de la doctrina jurídico-laboral de habla castellana (52) se ha aceptado tal conclusión, constituyendo así el llamado principio de rendimiento.

Con esta evolución dogmática —se introduce en la misma estructuración de la relación laboral lo que en un principio fue mero módulo sociológico para la determinación de la cuantía de la contraprestación— se ponen en tela de juicio los principios informadores de la relación laboral. Se intenta postergar el principio de la libertad contractual en beneficio de una determinación en cierta forma automática de la relación prestación-contraprestación.

Si se aceptaran congruentemente —esa es la razón del completo abandono en la doctrina alemana de las tesis de Rehhahn— las conclusiones del principio de equivalencia o rendimiento, la relación laboral habría roto con los moldes contractuales del Derecho común.

Nuestro legislador laboral ha querido, sin embargo, mantener la libertad contractual como base de la relación laboral. No ha seguido el camino de su aniquilación, sino el de su afirmación y sometimiento a condicionamientos. Entre éstos, dentro de la categoría de límites funcionales, se encuentra el tratamiento igual. Es un producto de la funcionalización de las facultades empresariales para garantizar así la seguridad jurídica de los miembros de la colectividad intervinientes en la actividad laboral.

\* \* \*

El tratamiento igual se engarza más en lo fáctico que el principio de igualdad ante la Ley; abandona la abstracción que caracteriza a este último; no se interesa tanto por una igualdad formal, cuanto por una equiparación real de los desiguales. Además, pertenece a una fase lógica y cronológicamente posterior a la constitución de las relaciones laborales; el tratamiento igual actúa precisamente sobre el ejercicio de las facultades contractuales. Su

---

páginas 41 y sigs., y *Aus der Praxis der Arbeitsbewertung*, «Arbeit und Recht», 1964, páginas 46 y sigs.

(52) Cfr. PÉREZ BOTIJA: *Derecho del trabajo*, Madrid, 1955, págs. 90 y sigs.; y BORRAJO DACRUZ: *Introducción al Derecho español del trabajo*, II, págs. 192 y sigs.

En ese sentido el artículo 5,1 del Decreto de 21 de septiembre de 1960, sobre ordenación del salario: «El conjunto de prestaciones que recibe el trabajador por cuenta ajena ha de ser suficiente para su sostenimiento decoroso junto con los familiares que de él dependen. Cubierta esta condición, el salario será siempre (?) proporcionado al rendimiento y al esfuerzo.»

presencia en la vida laboral no supone una quiebra en la estructura de la relación, que en modo alguno pierde el principio rector de la contratación —la libertad contractual— en beneficio de un supuesto principio de equivalencia.

### III

#### PRESUPUESTOS DEL TRATAMIENTO IGUAL

La actuación del tratamiento igual requiere la presencia de un doble condicionamiento, de tipo subjetivo y objetivo.

##### A) *Presupuestos subjetivos*

Subjetivamente se exige la presencia de una vinculación laboral válida de varios trabajadores —cuya situación jurídica se une comparativamente— en la misma Empresa (53).

Debe mediar relación laboral, tanto respecto de quien se sienta injustamente discriminado como respecto de quienes se establece la comparación de desigualdad.

Por consecuencia, no servirá en relación a personas ajenas a la producción laboral. Ningún tercero puede invocar el tratamiento igual en defensa de sus intereses.

Igualmente carecería de sentido su utilización —o el mero intento— respecto de personas que no son todavía trabajadores, aunque se encuentren en tratos preliminares para la contratación laboral (54). Esta se realiza con la libre elección empresarial de los trabajadores —salvadas las restricciones impuestas por la normativa reguladora de la colocación—, de forma que no puede hablarse de discriminación injustificada de una persona por el hecho de no haber sido admitida, aunque objetivamente fuera igual o incluso superior a los demás candidatos admitidos.

De la misma forma, en el caso de ruptura de la relación laboral, no hay ya lugar para el tratamiento igual de no ser para pretensiones nacidas en el período anterior de la relación laboral (55).

Además, la comparación para descubrir la igualdad o desigualdad se rea-

---

(53) Cfr. HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, I, pág. 422.

(54) G. HUECK: *Der Grundsatz*, págs. 62 y sigs.

(55) Cfr. G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 64, y RESCIGNO: *Persona e comunità*, páginas 372 y sigs.

lizará en función de otros trabajadores de la misma Empresa laboral (56).

El comportamiento de otros empresarios es indiferente al tratamiento igual, adquiriendo quizá relevancia en cuanto causa de eventuales costumbres laborales.

Pero incluso el comportamiento del empresario puede variar en sus diferentes Empresas laborales. No está obligado a tratar por igual a todos los trabajadores de las mismas (57).

El tratamiento igual se circunscribe a las relaciones jurídicas del empleador con los trabajadores de su Empresa laboral.

### B) Presupuestos objetivos

No toda medida empresarial puede ser analizada por el tamiz de la comparación igualitaria a los efectos de descubrir una eventual discriminación injustificada. Ha de poseer relevancia jurídico-colectiva (58).

La irrupción de lo colectivo en los moldes tradicionales de la contratación laboral pone de alguna manera en crisis a la libertad contractual. Lo colectivo escapará a sus dominios. La libertad de conformación contractual quedará limitada a la delimitación *intuitu personae* de la relación laboral.

La igualdad de tratamiento exige medidas de relevancia jurídico-colectiva (59). En la vida empresarial sólo adquirirá relevancia cuando el emplea-

---

(56) Cfr. HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, I, págs. 422 y G. HUECK: *Der Grundsatz*, páginas 64 y sigs.

(57) Cfr. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, III, pág. 34.

(58) R. DAHRENDORF: *Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen*, Tübinga, 1966, mantiene la opinión de que la misma idea de igualdad o desigualdad es una consecuencia de la integración social: «El origen de la desigualdad entre los hombres no radica en la naturaleza humana ni en factores históricos, como la propiedad. Surge, más bien, de las necesarias características de toda sociedad humana... Precisamente porque hay normas, cuya vigencia viene respaldada por sanciones, debe haber desigualdad de rango entre los hombres.» De esta forma introduce en la sociología alemana una opinión enormemente sugestiva.

Concluye su trabajo con la acertada observación positiva: «La existencia de desigualdad entre los hombres es una manifestación de libertad. La sociedad totalmente igualitaria es no sólo una idea completamente irreal, sino también una terrible ficción: la libertad no reside en la utopía, que conduce a la perfección del terror absolutista o al completo aburrimiento.» Sobre el tema, vid. del mismo autor: *Out of Utopia: Towards a Re-Oriented Sociological Analysis*, «American Journal of Sociology», LXIV (1958) y *Reflexionen über Freiheit und Gleichheit*, «Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik», IV (1959).

(59) SCHMIT: *Teoría de la Constitución*, pág. 180: «La igualdad sólo cabe allí

dor deje entrever en su comportamiento un sistema de actuación (60), si sus medidas poseen relevancia colectiva (*Betriebsbezogenheit*) (61). Cuando actúe en su calidad de empleador, no meramente como parte de la relación laboral, y solamente entonces es cuando el tratamiento igual tiene cabida (62).

La relevancia jurídico-colectiva ha de ser elemento esencial para que podamos hablar del tratamiento igual, precisamente porque la colectivación de las relaciones laborales obliga a no centrar tanto la atención sobre la libertad contractual como sobre la garantía de la seguridad jurídica que pueda entrar en juego al intervenir una colectividad.

Se delimita, pues, un doble tratamiento jurídico de las medidas del empleador: según se puedan considerar netamente contractuales o empresariales, según tengan o no relevancia colectiva (63) (64).

En el ejercicio de las facultades del empleador habrá que afirmar la libertad contractual de conformación de la relación laboral respecto de aquellas medidas que afecten en forma individualizada a sus trabajadores (65). El ámbito de la libertad contractual queda reservado a los supuestos de consideración individualizada de los trabajadores (66). Si se apreciaren rasgos colectivos entraría en juego el tratamiento igual, limitando la libertad contractual (67).

donde, al menos, puede quedar afectada una mayoría de casos, esto es, se produce una regulación general.»

(60) G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 126.

(61) G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 326.

(62) G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 239: «El tratamiento igual es esencialmente un acontecimiento colectivo.» «Ello tiene como consecuencia el que solamente se encuentren sometidas al tratamiento igual aquellas decisiones empresariales realizadas por el jefe de la Empresa en el ámbito de la comunidad empresarial» (pág. 240).

(63) HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, I, pág. 421 (24): «Es decisivo en todo caso saber si, en una determinada medida, entra el trabajador considerado en su individualidad o, por el contrario, formando parte de la Empresa, de una de sus secciones o grupos.»

(64) KARAKATSANIS: *Die Kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen*, Heidelberg, 1963, pág. 103: «El tratamiento igual emerge de una consideración colectiva de la relación laboral.»

(65) Entre nosotros, cfr. BLANCO: *La consideración igual*, pág. 90.

(66) KARAKATSANIS: *Die kollektivrechtliche*, pág. 104: «El dominio de los casos auténticamente individuales permanece bajo el dominio de la libertad contractual.»

(67) Vid. en mi *Derecho transitorio*, págs. 33 y sigs., cuándo hay o no colectivación de una medida empresarial.

## IV

## FUNDAMENTO JURÍDICO DEL TRATAMIENTO IGUAL

De lo dicho hasta ahora se desprende que el tratamiento igual poseerá una variada fundamentación según la perspectiva desde la que se le considere. Con anterioridad a la juridicidad, el tratamiento igual representa una manifestación jurídico-privada de la igualdad (A); constitucionalmente encuentra fundamento indirecto en los preceptos relativos al principio de igualdad ante la Ley 1); consideraremos posteriormente la problemática desde las construcciones jurídico laborales 2), para, finalmente, ver su base jurídico-positiva 3) (B).

A) *Fundamento prejurídico*

El tratamiento igual encuentra su base en la misma idea de justicia. En la sociedad actual se considera a la seguridad jurídica como una exigencia de la justicia. La introducción de lo colectivo en la Empresa laboral ha transformado la posición del trabajador, pues sus relaciones laborales no estarán ya exclusivamente delimitadas por la justicia conmutativa. El marco de la prestación —la Empresa laboral— ha interpuesto la proporcionalidad en la relación contractual. No hay un mero *do ut des*, ni tampoco un auténtico reparto.

Lo colectivo plantea una profunda crisis en los esquemas tradicionales, pues hará del Derecho del trabajo una zona de fricción de los mismos. En la Empresa laboral no habrá ya ni pura justicia conmutativa ni pura justicia distributiva (68). El tratamiento igual será preceptivo, pero sólo se prohibirá al empleador el tratamiento discriminadamente injusto.

Según esta vía media, que han de adoptar las posturas jurídicas en el Derecho del trabajo, se enraiza el tratamiento igual: en la misma idea de justicia, que exige la igualdad de los hombres. Pero no como algo abstracto —cual fuera el sentido originario de los revolucionarios franceses—, sino como algo material que obliga a limitar la libertad contractual formal. Lo cual es bien distinto de la igualación: en el plano social, la igualdad requiere idéntica medida para circunstancias desiguales, que dará por consecuencia igualdad para los iguales y desigualdad proporcional para los desiguales (69).

(68) RESCIGNO: *Persona e comunità*, pág. 369: «La parità, espressione della giustizia distributiva.»

(69) Ya en ARISTÓTELES: *Die nikomachische Ethik*, Zurich, 1951, v. I.141 a, b/a, 3.

B) *Fundamento jurídico*

Si resulta el tratamiento igual con arreglo a razón, sin embargo, requiere una base jurídico-positiva (70) que delimite los respectivos campos propios de la libertad contractual y del tratamiento igual (71).

1. *Fundamento jurídico-constitucional*.—La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 inspiraría al constitucionalismo moderno. Concretamente, su artículo I —«les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits»— pasaría a formar parte necesaria de los posteriores textos fundamentales.

Nuestras Leyes Fundamentales recogen en diferentes ocasiones declaraciones sobre la igualdad. Primero, en 1945, en el Fuero de los Españoles:

«La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas» (art. 3.º).

Posteriormente, en 1958, la Ley de Principios del Movimiento Nacional:

«La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles»  
(V *in fine*).

La Ley Orgánica del Estado afirma recientemente que «son fines fundamentales del Estado: el amparo de los derechos de la persona... (art. 3.º).

Ante declaraciones constitucionales de naturaleza parecida se pregunta la doctrina si han de ser consideradas dirigidas al Estado o si, por el contrario, hayan de entenderse también a los particulares como destinatarios de las mismas. Es decir, si poseen alguna eficacia en las relaciones jurídico-privadas.

En la doctrina jus-privatista hay una cierta repulsa general a conferir a las declaraciones constitucionales sobre la igualdad mayor eficacia que la vinculación que implican respecto al propio Estado (72).

---

(70) G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 107.

(71) En conformidad a las atinadas conclusiones de BAYÓN: *La seguridad jurídica en el Derecho del trabajo*, «Libro-homenaje a Pérez Serrano», Madrid, 1959, II, páginas 683 y sigs., y de PÉREZ BOTIJA: *El "Estado de Derecho" y el Derecho del trabajo*, «Revista de Derecho del Trabajo», 1958, págs. 45 y sigs.

(72) Cfr. por todos GARTNER: *Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht*, en «Verhandlungen des ersten österreichischen Juristentages», Viena, 1961, página 95: «Cuando la constitución dice que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley

Por el contrario, la jurisprudencia alemana ha partido de la opinión contraria: «Es un principio expresamente reconocido que gobierna todo el Derecho alemán tratar de un modo igual a los iguales, principio que rige también para el empleador..., y este principio le impone la obligación legal de tratar a todos los componentes de la Empresa de modo igual...» (73).

En nuestro Derecho, la polémica se complica, uniéndose a la problemática sobre el carácter vinculante o no de las Leyes Fundamentales (74).

Sea de ello lo que fuere, tengan o no los preceptos constitucionales transcritos eficacia directa frente a los particulares, sean o no meramente programáticos —en todo caso, con relevancia jurídica (75)—, lo cierto es que nuestro constitucionalismo parte de la idea de igualdad. Esta se encuentra en la base de toda manifestación jurídica como eficaz correctivo de los posibles excesos de la libertad (76). El tratamiento igual cumple la misión de limitar la libertad contractual empresarial.

2. *Fundamento jurídico-laboral.*—El tratamiento igual tiene una fundamentación jurídico-laboral que la doctrina ha ido buscando desde diferentes perspectivas:

a) *El deber de protección.*—Algunos afirman ser una manifestación del deber empresarial de protección (77). Bajo esta denominación se aúna en un todo el conjunto de deberes de conducta exigidos accesoriamente al empleador junto a su principal obligación contractual.

Al igual que se obliga al trabajador a un deber genérico de fidelidad, del mismo modo se configura en relación de correspondencia un deber genérico de protección.

Pero tales denominaciones (78) no pasan de ser mera etiqueta de un contenido indiferenciado de deberes accesorios de conducta, sin que den razón de los mismos. Son verdadero «cajón de sastre» dogmático donde va a parar

quiere decir que el Estado se compromete a no efectuar diferenciación arbitraria alguna en el establecimiento y aplicación de las leyes. Cosa muy diferente sería la declaración de que los particulares deben, en sus relaciones jurídicas, tratar a los demás en forma indiscriminada.»

(73) Cfr. BLANCO: *La consideración igual*, págs. 83 y sigs.

(74) Vid. BORRAJO DACRUZ: *Introducción*, II, págs. 88 y sigs.

(75) Cfr. LUCAS: *Igualdad*, págs. 296.

(76) LUCAS: *Igualdad*, pág. 298. TONNIES: *Bürgerliche und politische Freiheit*, «Handbuch der Politik», Berlín-Leipzig, 1914, I, pág. 242: «Igualdad implica protección igual de cada persona frente a las demás, el mismo Derecho para todos.»

(77) Cfr. HUECK-NIPPERDEY-DIETZ: *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*, Munich, 1943, parágrafo 2, núm. 17 a.

(78) Traducción directa de la terminología empleada por la doctrina jurídico-laboral alemana: respectivamente, «Treuepflicht» y «Fürsorgepflicht».

toda suerte de vínculos obligacionales sin una configuración definida. Además, el propio nombre obedece a situaciones sociales de la relación laboral ya superada: dejan entrever un fuerte contenido paternalista, incompatible con la relevancia jurídica adquirida hoy por la colectivación de las relaciones laborales (79).

b) *El concreto orden empresarial.*—El Reichsarbeitsgericht fundamenta en su trascendental sentencia de 19 de enero de 1938 (80) —trascendental pues de ella surgirá la problemática del presente trabajo— el tratamiento igual en el llamado orden empresarial concreto (*konkrete Ordnung des Betriebes*). Posteriormente serviría de base para numerosas sentencias del mismo Tribunal.

En el ambiente jurídico latía el desprecio hacia el contrato de trabajo. Al hacer de la incorporación (81) el elemento determinante de la relación laboral, cobra la situación fáctica empresarial —en la que se integra el trabajador para su prestación laboral— especial relieve. En cierta forma se normativiza el desarrollo fáctico de la relación laboral (82) y se hace emerger de él una serie de obligaciones laborales.

De la situación fáctica de la empresa laboral surgiría la obligación y el derecho al tratamiento igual. Especial importancia tiene la presente construcción jurisprudencial respecto de las prestaciones empresariales accesorias, verbi-gracia, gratificaciones, subsidio empresarial de vejez, etc.

Tras la inicial euforia de la jurisprudencia y doctrina, el Derecho del trabajo alemán empieza a poner en duda la firmeza de sus conclusiones fundamentadoras del tratamiento igual. En ocasiones el Reichsarbeitsgericht llega a confundirlo con el uso de Empresa (83).

c) *La "Normenvollzugstheorie".*—La caída del III Reich trae consigo transformaciones radicales en el Derecho del trabajo. Muy concretamente, se produce una acentuación de lo paccionado; en el plano individual de la contratación laboral.

El Tribunal Federal del Trabajo (*Bundesarbeitsgericht*) sigue manteniendo la institución del tratamiento igual.

(79) Cfr. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual*, I, págs. 228 y sigs., y BORRAJO DACRUZ: *Introducción*, II, págs. 191 y sigs.

(80) Colección de sentencias, tomo 33, págs. 172 y sigs.

(81) Cfr. NIKISCH: *La incorporación y su significado para el Derecho del trabajo*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL. Traducción de RODRÍGUEZ-PIÑERO. Núm. 49, págs. 7 y sigs.

(82) Cfr. REUSZ-SIEBERT: *Die konkrete Ordnung des Betriebes*, 3.<sup>a</sup> edi., Berlín-Leipzig-Viena, 1943, especialmente págs. 108 y sigs.

(83) Cfr., sobre todo, *Colección de Sentencias*, tomo 47, pág. 112, con anotaciones de A. HUECK.



Y la fundamentación inicial del Reichsarbeitsgericht tiene todavía adeptos. La doctrina del «konkrete Ordnung des Betriebes» tomará una nueva presentación: el tratamiento igual se entenderá como la actividad empresarial de aplicación de normas (Normenvollzug), de las normas que él introdujo en la vida de la Empresa.

El empleador actúa de una determinada forma, pero si lo efectúa queriéndose vincular respecto de la colectividad empresarial constituye normas de actuación, que le autovinculan (84).

Una precisión necesaria que efectúan los partidarios de la Normenvollzugstheorie es la de señalar que el término «norma» no posee un significado estrictamente técnico: norma haría relación a autovinculaciones empresariales (85).

Sin negar el valor jurídico de la Normenvollzugstheorie, el jurista no puede menos de preguntarse por la misma razón jurídica de la autovinculación empresarial. Es cierto que el empleador queda limitado por el tratamiento igual en el ejercicio de su libertad de ejercicio de las facultades empresariales, pero eso es precisamente lo que se pretendió inicialmente fundamentar jurídicamente (86).

La insuficiencia dogmática de la Normenvollzugstheorie lleva a la doctrina jurídico-laboral a proseguir en su intento de fundamentar la autovinculación laboral del empleador originada con ocasión del tratamiento igual.

d) *La irrenunciabilidad de derechos.*—No resulta ser fundamento seguro la utilización del principio de irrenunciabilidad, en el sentido de incluir la eficacia del tratamiento igual en la vinculación contractual, ya que sería nulo el pacto contrario (art. 36 de la ley de Contrato de trabajo) (87). Pero no puede olvidarse que se trata precisamente de fundamentar el nacimiento jurídico de unas pretensiones. Para hablar de irrenunciabilidad debe existir algo a lo que renunciar. Esta fase previa es la que se encuentra en entredicho.

e) *La paz laboral.*—también se ha pretendido basar el tratamiento igual con un argumento —extraído de la experiencia— de la reducción al absurdo:

---

(84) BÖTTICHER: *Der Anspruch und Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, «Recht der Arbeit», 1953, págs. 161 y sigs., y *Der Ansatz des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht*, «Recht der Arbeit», 1957, págs. 317 y sigs. A la opinión de BÖTTICHER se adhiere posteriormente, entre otros, NIKISCH; cfr. recientemente, *Arbeitsrecht*, III, páginas 254 y sigs.

(85) En forma semejante, ALONSO OLEA: *La ley de julio de 1961*, pág. 340: «En el esquema de la ley de Contrato de trabajo la voluntad de las partes es fuente normativa (art. 9.º, 2, de la ley de Contrato de trabajo)...»

(86) Vid. G. HUECK: *Der Grundsatz*, págs. 121 y sigs. Cfr., al respecto, RESCIGNO: *Persona e comunità*, pág. 353.

(87) Cfr. ALONSO OLEA: *La ley de 24 de julio de 1961*, pág. 340.

en consideración a los efectos que, respecto de la paz laboral, producen las desigualdades de la actuación empresarial (88).

La producción exige necesariamente la paz laboral, que no es mero orden externo. Sin ella se hace imposible la vida laboral. Necesario es poner todos los medios para su mantenimiento. Uno de ellos el tratamiento igual (89).

La conveniencia del mantenimiento de la paz laboral y la consideración de los efectos conexos a su perturbación no son, sin embargo, argumento jurídico-laboral sustancial. Es quizá una motivación fáctica, pero no un fundamento propiamente jurídico.

f) *La comunidad jurídico-laboral.*—De esta forma nos introducimos en la consideración del argumento más extendido en la doctrina: el tratamiento igual es una exigencia impuesta al empleador por la comunidad laboral en que la Empresa consiste (90).

La doctrina más reciente (91) está muy en posición crítica frente a la construcción ranciamente germánica de la comunidad laboral empresarial (*Betriebsgemeinschaft*). El desprestigio del Derecho laboral nacional-socialista y, sobre todo, el abuso realizado en su utilización dogmática (92), hace de la *Betriebsgemeinschaft* una ficción jurídica sobre la que no encuentra base firme el tratamiento igual (93).

Los más acérrimos partidarios de la fundamentación comunitaria llegan a afirmar la dualidad y diversidad entre el concepto vulgar y el técnico de comunidad empresarial (94).

Nuestro Derecho, de raíces profundamente romanas, no da base legal —ni

(88) Cfr. HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, I, pág. 419.

(89) Vid. BAYÓN: *La defensa de la paz laboral*, Madrid, 1963.

(90) Vid., sobre todo, G. HUECK: *Der Grundsatz*, págs. 127 y sigs. En pág. 137: «El tratamiento igual en el Derecho del trabajo está inseparablemente unido a la idea comunitaria...»

(91) Cfr. mi *La sanción disciplinaria*, págs. 60 y sigs.

(92) Cfr. ASSANTI: *La sanzioni disciplinari*, pág. 137. La jurisprudencia alemana ha visto comunidad jurídica incluso en circunstancias carentes de toda comunión de fines, verbigracia, con ocasión de un concurso de acreedores.

(93) Vid. la opinión extremista, pero con razón en algunos de sus puntos críticos, de RADKE: *Die Nachwirkungen des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit*, «Arbeit und Recht», 1965, págs. 302 y sigs.

(94) Así G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 161, llega a reconocer: «Las observaciones efectuadas indican que la relación entre tratamiento igual y vínculo comunitario en el Derecho privado no siempre es determinante para la vigencia del tratamiento igual.» La fundamentación comunitaria del tratamiento igual «conduciría a la creación de un nuevo concepto de comunidad, cuya extensión sin límites conduciría a su insignificancia práctica» (pág. 162). Véase al respecto RESCIGNO: *Persona e comunità*, páginas 342 y 351.

menos histórica— para el uso de la *Betriebsgemeinschaft* como ficción jurídica fundamentadora de las relaciones laborales empresariales. Es una institución utilizada en los primeros años de la política jurídico-laboral del Nuevo Estado, pero actualmente desplazada.

g) *Las exigencias de la colectivación en las relaciones laborales.*—Nuestro Derecho, también el laboral, es estructuralmente contractualista. No se parte de incorporaciones supracontractuales y, mucho menos, cuando éstas reciben su contenido de ficciones jurídico-comunitarias (95).

La relación laboral se conforma entre nosotros según los dictámenes de la libertad contractual, siempre con las limitaciones exigidas por el marco empresarial de la prestación laboral.

El tratamiento igual, según tuvimos ocasión de indicar repetidamente, es una de las formas de limitar la libertad contractual en la conformación de las relaciones laborales. Supone la colectivación de las relaciones laborales y condiciona el ejercicio de las facultades empresariales en favor de la seguridad jurídica. La presencia de una colectividad implica una cierta objetivación de relaciones jurídicas subjetivas: la relación laboral se encuadra en la Empresa laboral (96).

3. *Fundamento jurídico-positivo.*—En nuestra legislación positiva encontramos base explícita para el tratamiento igual. En todo caso, late implícitamente en el Ordenamiento jurídico español.

Junto a las declaraciones constitucionales ya analizadas, se encuentra en la raíz misma de nuestro Derecho laboral la idea de que el empleador ha de proceder en su actuación colectiva según criterios de igualdad. Tal es el caso, por ejemplo, de nuestra legislación sobre despidos colectivos en la que encontramos criterios generales de trato proporcionalmente desigual a los desiguales (97); así queda expresamente preceptuado en la Orden de 14 de noviem-

(95) Quizá resulte conveniente, no obstante el peligro de reiteración, insistir que la polémica en torno a la «*Betriebsgemeinschaft*» habla de la Empresa con un criterio *de lege data*. Concretamente, pone en duda la pretendida ficción comunitaria que sirviera de fundamento a las potestades empresariales. No entra en cuestiones sociológicas o, mejor, de política de personal; es decir, si, y por qué medios, corresponde al empleador orientar sus decisiones hacia el logro de relaciones más o menos comunitarias. Vid. BORRAJO: *Introducción*, I, págs. 155 y sigs.

Sobre esta dualidad y disociación entre el sentido técnico y preciso que adquiere el vocablo «comunidad» —y, más concretamente, «comunidad empresarial»— y su sentido vulgar vid. por todos, y en referencia a ellos: SCHWARZ: *Die dogmatische Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes*, «*Recht der Arbeit*», 1968, página 244 (33).

(96) RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Empresa y contrato de trabajo*, págs. 41 y sigs.

(97) RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Apuntes*, pág. 293.

bre de 1961, que contiene las normas de procedimiento en los expedientes de crisis sobre situaciones de desempleo parcial, artículo 25, 2.º:

«... en el caso de que se acceda —por el Delegado de Trabajo— al despido, suspensión o reducción del número de días u horas de trabajo del personal afectado, se consignará en anexo a la resolución los nombres y apellidos de los interesados, con su filiación completa, siguiendo el orden inverso al de la antigüedad, dentro de cada grupo o categoría profesional. En igualdad de antigüedad tendrán preferencia para continuar prestando servicio los trabajadores con más personas de familia a su cargo, por el orden que señalen las normas en cuestión de ceses por causas no imputables al trabajador.»

Acertadamente opina Rodríguez-Piñero (98), comentando la regulación del orden en los despidos colectivos, que se «objetiviza e iguale en el trato a todo el personal».

La idea del tratamiento igual preside la normativa laboral. Por ello no puede extrañar que una regulación accesoria de la relación laboral, como es la contenida en el Decreto de 2 de junio de 1966 sobre el régimen de garantía de los representantes sindicales, se legitima a los trabajadores que desempeñen cargos electivos de origen sindical para la puesta en conocimiento del delegado provincial de Sindicatos de los *actos u omisiones* de «sus empresarios respectivos... que impliquen la adopción o puesta en práctica de medidas discriminatorias en perjuicio de sus intereses o derechos laborales dentro de la Empresa». No varía sustancialmente la situación jurídica el hecho de referirse exclusivamente tal precepto a los trabajadores con representación sindical, pues —prosigue el artículo 6.º del Decreto— «el delegado provincial de Sindicatos... remitirá el expediente a la Magistratura de Trabajo, que dará a este proceso el trámite del procedimiento ordinario» (99).

Con nítida claridad sobre el tema que nos ocupa se ha expresado el texto articulado I de la ley de Seguridad Social en sus artículos 179 y siguiente, al

(98) *Apuntes*, pág. 293.

(99) Comentando el precepto del texto dice RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Apuntes*, pág. 294: «El carácter objetivo de las medidas muestran claramente que el privilegio de los representantes sindicales consiste en la protección frente a esas medidas, no en limitar a sólo ellos la prohibición de tales medidas, que en principio no pueden adoptarse frente a ningún trabajador.»

regular las mejoras de la Seguridad Social por aumento de la base de cotización debidas a la libre decisión empresarial (100):

Artículo 179, 3.º: «Las concedidas por libre decisión del empresario habrán de afectar a todos sus trabajadores...»

Artículo 180, 1.º: «El aumento de base de cotización deberá establecerse con arreglo a criterios de aplicación general y en lo posible de proporcionalidad para los afectados; *no admitiéndose que a través de la mejora se establezcan discriminaciones que entrañen manifiesta antiselección dentro del colectivo mejorado...*» (101).

En la misma forma se manifiesta la Orden de 25 de enero de 1962, desarrollando el Decreto regulador de las Fundaciones Laborales, cuando —admitido que puedan ser creadas por acto unilateral de una Empresa (art. 2.º)— prescribe expresamente en su artículo 6.º que «no podrá limitarse el ingreso en la Fundación de los productores *sino en virtud de causas que se relacionen con la finalidad fundacional...*»

Junto a preceptos aislados de diferentes regulaciones jurídico-laborales que manifiestan un deseo legal de que el empleador se comporte de forma igual en sus actuaciones colectivamente relevantes, hay un doble cauce expreso para fundamentar el tratamiento igual en nuestra ley de Contrato de trabajo (102):

Artículo 75, 6.º: «El empresario está obligado... a tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana.»

Artículo 78, e): «Se estimarán causas justas para que el trabajador pueda, por su voluntad, dar por terminado el contrato, las siguientes: ... cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores que el magistrado estime justificada, por ser reveladora de una situación depresiva o vejatoria para el trabajador.»

Infringiría la obligación que legalmente le impone el artículo 75, 6.º, de la ley de Contrato de trabajo el empleador que deja entrever en el ejercicio

(100) Decreto de 21 de abril de 1966.

(101) Cfr. BLANCO: *Las mejoras voluntarias y su contratación colectiva en la Ley de Bases de la Seguridad Social*, REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 61, pág. 361, fundamenta el tratamiento igual para evitar «una descompensación actuarial que a la larga perjudicaría al resto del colectivo...»

(102) RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Apuntes* (Curso 1963-64), según notas personales. Vid., también, BLANCO: *La consideración igual*, págs. 88 y sigs., y PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, pág. 257.

de sus facultades empresariales un cierto *animus vexandi*, precisamente por un trato discriminadamente injusto de alguno o algunos de sus trabajadores.

Sí, en tal caso, se legitima al trabajador para el abandono de la relación laboral, parece lógico que el legislador laboral español —que tanta importancia ha dado al principio de la continuidad de la relación laboral (103)— articule o admita otras medidas menos perjudiciales para el trabajador que la mera dimisión. El tratamiento igual podría intervenir como eventual correctivo jurisdiccional (¿artículo 10 de la ley de Contrato de trabajo?) de las decisiones empresariales.

\* \* \*

La limitación de la libertad contractual empresarial para conformar las relaciones laborales, introducida en función de las necesidades de seguridad jurídica que impone su colectivación, responde perfectamente a los esquemas contractuales tradicionales: quien se vincula contractualmente se obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, y a todas las consecuencias impuestas por la buena fe, por el normal desarrollo de la relación laboral en el marco empresarial que le suele acompañar (art. 1.258 del Código civil).

\* \* \*

Con tal fundamento legal, la jurisprudencia española tiene la palabra. Ella marcará «las pautas que deben seguirse en cada caso» (104). Es de su competencia la admisión fáctica del tratamiento igual como institución al servicio de la seguridad jurídica en las relaciones laborales y del buen funcionamiento de la vida empresarial.

## V

### EFICACIA JURÍDICA DEL TRATAMIENTO IGUAL

En el trato desigual del empleador respecto a algún trabajador de su Empresa puede suceder: a), que éste sufra un perjuicio en relación a los demás; b), que el tratado desigualmente se vea beneficiado, pues la discri-

---

(103) Cfr. RIVERO LAMAS: *La estabilidad en el empleo en el Ordenamiento laboral español*, núm. 4 de la «Revista de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Trujillo» (Perú).

(104) HUECK-NIPPERDEY: *Compendio*, pág. 167 (nota de los traductores).

minación sea en su favor, y c), que no medie relación alguna de beneficio o perjuicio (105). Este último caso no planteará prácticamente problema alguno. Los dos primeros serán, por tanto, los que tengan mayor importancia. Hemos de plantearnos, pues, si el «favor» o el «desfavor» haya de entenderse como lo relevante a los efectos del tratamiento igual, si éste deba contentarse con una mera formulación negativa (A) o sea, también susceptible de ser positivamente concebido (B). Veremos, finalmente, su eventual exclusión contractual (C) y los efectos de la violación del tratamiento igual (D).

A) *Formulación negativa del principio de tratamiento igual*

El tratamiento igual implica la prohibición empresarial de un tratamiento injustamente discriminado en sus actuaciones colectivamente relevantes. Se le prohíbe la arbitrariedad. Pero como ésta implica una posición subjetiva —radica en la motivación de sus decisiones—, se prohíbe una apariencia externa de la misma cual es el tratamiento desigual no justificado (106).

La funcionalización en las facultades empresariales ha calado como una consecuencia de la colectivación en la Empresa laboral, pero como mero límite a la libertad contractual empresarial de conformar las relaciones laborales (107).

B) *Formulación positiva del principio del tratamiento igual*

Se pregunta la doctrina si, junto a la formulación negativa considerada cabría un derecho al tratamiento igual. Es decir, si el tratamiento igual sea

(105) Cfr. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 266.

(106) HUECK-NIPERDEY: *Compendio*, pág. 164: «No atenta contra ninguna prohibición el que una persona sea tratada especialmente. Pero en cuanto que el empleador proceda de acuerdo con puntos de vistas generales, y en cuanto que actúe según reglamentaciones establecidas por el mismo, no debe exceptuar arbitrariamente, de tales reglas a un trabajador en concreto. Es arbitrario el trato desigual en casos semejantes por causas no objetivas». NIKISCH: *Arbeitsrecht*, III, pág. 254 y sigs.: «El mandato de tratamiento igual excluye únicamente aquella desigualdad arbitraria o que se fundamente en unas circunstancias no laborales (sachfremd).»

KARAKATSANIS: *Die kollektivrechtliche*, pág. 102: «En materia jurídico-colectiva está prohibida la diferenciación arbitraria o no laboral.»

(107) En ese sentido, indica FREY: *Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, «Das Arbeitsrecht der Gegenwart», III, Münster, 1966, pág. 47: «El tratamiento desigual de lo esencialmente igual puede ser legítimo, pero no lo sería si pudiera ser considerado como discriminatorio (sachfremd, unsachlich) o arbitrario.»

instrumento para la equiparación de la situación concreta de los trabajadores a la de sus compañeros favorecidos, si sea algo más que medio de lucha contra el «desfavor».

La funcionalización no llega a tales extremos en el seno de la Empresa laboral, que implicarían una puesta en duda del fundamento contractual de la relación laboral. La igualdad insertada en la vida de la Empresa laboral no cumple otra función sino la nivelación y mutua delimitación de la libertad formal y la igualdad material de las partes laborales (108). La igualdad es mero catalizador de la vida laboral.

En un principio, repugna al Derecho privado la idea de una obligatoriedad al trato igual: admite exclusivamente y por vía de excepción, la prohibición de trato injustamente desigual (109).

### C) *Susceptibilidad de exclusión contractual*

¿Cabe exclusión contractual del tratamiento igual? Algún sector de la doctrina jurídica comparada lo ha afirmado rotundamente (110).

Pero, entendido exclusivamente en su formulación negativa, el tratamiento igual entra a formar parte del contenido del derecho imperativamente necesario, sobre el que no hay competencia para la contratación individual.

### D) *Efectos de su violación*

Comprobando un supuesto al que alcanza la prohibición inherente al tratamiento igual creemos que habría lugar a una reacción jurídica por diferentes resortes. En primer lugar, al eventual control jurisdiccional correspondería decidir sobre la validez de las actuaciones empresariales en cuestión. Además, y en relación directa con la cuestión anterior habría lugar a una eventual

(108) Cfr. LUCAS: *Igualdad*, pág. 297.

(109) GSCHNITZER: *Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht*, página 11: «Me parece desafortunado el intento de hacer del tratamiento igual en el Derecho privado una obligación de trato igual, que no cabe en él. Se debe recalcar esta idea si no se quiere hacer tambalean los fundamentos mismos del Ordenamiento jurídico-privado.» Gráficamente lo expresa RESCIGNO: *Persona e comunità*, págs. 351 y siguiente: «Se così si facesse, sarebbe completamente distrutta l'autonomia privata, per i limiti assurdi che si finirebbe per porre alla libertà di contrarre, di testare, di disporre.»

(110) Cfr. HUECK-NIPPERDEY-STÄHLHACKE: *Tarifvertragsgesetz*, parágrafo 4, anotación 175, y G. HUECK: *Der Grundsatz*, pág. 327.



responsabilidad, contractual (art. 1.101 del Código civil) o extracontractual (artículo 1.902 del Código civil) —en los supuestos excepcionalmente graves, incluso criminal— del empleador (111).

## VI

### EL TRATAMIENTO IGUAL Y SUS MANIFESTACIONES

El tratamiento igual puede aparecer en cualquiera de las manifestaciones de la actividad laboral empresarial. Basta, simplemente, su relevancia colectiva (112). Puede afectar, por tanto, al *status* empresarial o al meramente contractual del empleador, siempre que medie repercusión colectiva: aparece en el cumplimiento de la obligación salarial (A) o del deber de protección (B), lo mismo que en el ejercicio del poder directivo (C) o de la potestad disciplinaria (D) (113).

#### A) *El principio de tratamiento igual y la obligación salarial*

Incluso el reducto de conformación más individualizada, cual es la materia referente a la determinación de la cuantía salarial abonable, puede entrar en el ámbito del tratamiento igual.

Será preciso demostrar su relevancia colectiva, pues resulta ajeno a la institución que nos ocupa el supuesto de un salario expresamente convenido *intuitu personae*. La tendría si se determinara, genéricamente, por ejemplo, «quien realice este trabajo recibirá tal salario» (114), de forma que quien ejecutara dicha función no podría, sin una justificación especial, ser excluido de la remuneración propuesta colectivamente. Especial importancia puede tener el tratamiento igual respecto de ciertas remuneraciones en especie, ofrecidas, en ocasiones, al personal por la Dirección de la Empresa.

El tratamiento igual adquiere plena vigencia en aquellas prestaciones que,

(111) Cfr. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, III, pág. 257.

(112) Cfr. mi *Derecho transitorio*, págs. 33 y sigs.

(113) Cfr., detenidamente, para los supuestos contemplados por la jurisprudencia alemana, FREY: *Der Gleichbehandlungsgrundsatz in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, especialmente, págs. 54 y sigs.

(114) HILGER: *Der Einfluss des kollektiven Arbeitsrechts auf das Einzelarbeitsverhältnis*, F, pág. 16. En forma similar, vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual*, II, págs. 658 y siguientes.

siendo originariamente manifestación de la liberalidad empresarial, pasan a formar parte de la obligación salarial. Algún sector ha calificado a las gratificaciones como «patria» del tratamiento igual (115). En torno a ellas y su problemática es donde adquirió éste su configuración originaria en la jurisprudencia alemana del Reichsarbeitsgericht.

Carecerían de naturaleza salarial las gratificaciones dadas voluntariamente y en base a una circunstancia aislada —suceso familiar o de la Empresa, premio al celo...—, precisamente por su no relevancia colectiva (116); se trataría de actuaciones *donandi causa*; serían auténticas donaciones —laborales o no (117)—, con más o menos fundamento en los servicios laborales prestados (118). Pero puede suceder —y de hecho acaece— que la originaria liberalidad de la concesión empresarial adquiera con el tiempo caracteres jurídicos vinculantes. Tal sería el caso si la actuación empresarial obedeciera a un sistema de otorgamiento colectivo de la gratificación. En esta línea se encuentra la actual doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo (119).

\* \* \*

La libertad empresarial de retribuir a sus trabajadores en la forma y cuantía que tenga por conveniente se funcionaliza y restringe en el momento que adquiera relevancia jurídico-colectiva, pues entonces no puede realizar discriminaciones injustificadas. La libertad contractual permanece, sin embargo, con pleno vigor —siempre que se respeten los mínimos imperativos— respecto a la conformación *intuitu personae* de la relación laboral.

---

(115) FREY: *Der Grundsatz*, pág. 28: «Mutterboden.» Vid., en el Derecho español, BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual*, I, pág. 446.

(116) RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Apuntes*, pág. 220.

(117) Vid., de forma diferente, BLANCO: *La consideración igual*, pág. 87 (5).

(118) Cfr. artículo 619 del Código civil. En este sentido el Decreto de 21 de septiembre de 1960, artículos 4.º, 7.º: «No forman parte del salario... las cantidades en especie o en metálico que libremente concedan las Empresas a sus trabajadores, sin requerir aceptación ni contraprestación específica obligada por parte de éstos. Tales asignaciones, totalmente independientes de los demás conceptos retributivos, no dan derecho a reclamación si se reduce o se suprime.»

(119) Que, en reiteradas sentencias, establece la presunción de onerosidad de la retribución del trabajador, minusvalorando la relevancia de su origen voluntario. Confróntese, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1965 y 12 de enero de 1963. Vid. ALONSO OLEA: *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Madrid, 1968, págs. 145 y sigs.

B) *El principio de tratamiento igual y el deber de protección*

En cumplimiento de lo que ha venido a llamarse deber de protección, la Empresa puede instaurar, por la motivación que sea —en algunas ocasiones más o menos legítima—, un conjunto de instituciones complementarias a la vida empresarial. Es corriente la creación de clubs deportivos empresariales, centros de esparcimiento, etc. Normalmente —distinto sería, por ejemplo, el caso si mediara previa vinculación por convenio colectivo— la Empresa procede voluntariamente a su establecimiento. Pero al adquirir relevancia colectiva no resulta jurídicamente viable hacer de tales instituciones un feudo empresarial que legitime todo tipo de arbitrariedades. Nadie puede verse injustificadamente excluido ni restringido en el uso de los derechos que la condición de trabajador en la Empresa le otorga para su utilización (120).

No es éste, sin embargo, el momento de analizar concretamente la posición y trascendencia del tratamiento igual en cada una de las concreciones del deber de protección, cada día más relevante en la Empresa actual (121).

C) *El principio de tratamiento igual y el ejercicio del poder directivo*

El poder empresarial de dirección surge como una necesidad de concretar en la práctica la genérica puesta a disposición de los trabajadores. Supone una situación de excepción a la normativa contractual ordinaria, dejando el cumplimiento del contrato laboral en manos de una de las partes (art. 1.256 del Código civil). Y de esa misma situación jurídica emerge la delimitación misma del poder directivo, funcionalmente dispuesto al cumplimiento de las finalidades empresariales.

En la concreción de la vinculación contractual el empleador —en forma individualizada o general— puede dictar órdenes que vayan desde la mera ejecución de la relación laboral hasta la misma organización de la Empresa laboral (122). Es decir, la materia del poder directivo oscila desde lo más

---

(120) Cfr. RESCIGNO: *Persona e comunità*, pág. 344.

(121) Verbigracia, obras sociales empresariales, economatos, becas de estudios, ayuda en caso de enfermedad, asistencia social, etc., Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Apuntes*, página 292.

(122) MONTROYA: *El poder de dirección*, pág. 44: «El poder de dirección es el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en su Empresa.»

individual hasta lo netamente colectivo. En este último caso se introduce en el ámbito del tratamiento igual.

Especial importancia tendrá el tratamiento igual respecto de aquellas decisiones del poder directivo que tengan repercusión colectiva. Me refiero, por ejemplo, a la regulación de la indumentaria en la Empresa, a la prohibición de cantar o fumar o de introducir alcohol en el recinto empresarial, al mandato de cacheo al salir del trabajo ocasionado por los robos existentes, etc.

En tales circunstancias, el tratamiento igual adquiere relevancia en su mismo establecimiento, quedando, así, prohibida la discriminación infundada al determinar quién deba ser cacheado, por ejemplo, o en forma de ser llevado a cabo: no sería lícita una discriminación en la duración o método del cacheo de no mediar razón justificada (123).

La funcionalización de las facultades directivas en la Empresa laboral exige la prohibición de las arbitrariedades. El trabajador —mucho más en la producción masiva despersonalizada— debe tener garantizado un margen indispensable de seguridad jurídica.

#### D) *El principio de tratamiento igual y el ejercicio de la potestad disciplinaria*

La falta laboral engendra responsabilidad disciplinaria. Pero, dados los caracteres netamente jurídico-privados del marco en el que se va a ejercitar —la Empresa laboral—, la potestad disciplinaria del empleador no constituye actividad jurisdiccional; es un mero resorte de la actividad empresarial: el acto de imposición de sanciones disciplinarias representa un acto de administración empresarial, si bien dotado con matices jurisdiccionales. En consecuencia conserva el empleador la libertad para el castigo disciplinario de las faltas laborales cometidas en su Empresa (124).

Suponiendo la falta laboral una infracción del orden —técnico o social— productivo, la imposición de una sanción disciplinaria goza de relevancia colectiva. Posee finalidades vindicativas, pero también de prevención.

Por tanto, el tratamiento igual se asienta con plena propiedad en el ejercicio de las facultades disciplinarias empresariales. Si el empleador posee li-

(123) Sobre el tema, cfr. NEUMANN-DUESBERG: *Betriebsverfassungsgesetz*, Berlín, 1960, págs. 113 y sigs., y NIKISCH: *Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht*, «Recht der Arbeit», 1953, págs. 81 y sigs.

(124) Vid., con mayor extensión, mi *La sanción disciplinaria*, págs. 251 y sigs.

bertad y no está reglamentariamente constreñido —ahí radica la no vigencia del *nullum crimen sine lege* en toda la extensión que posee en el Derecho penal—, sin embargo no puede sancionar a sus trabajadores en forma discriminadamente injusta. El titular de la potestad disciplinaria no está obligado a sancionar; pero no puede sancionar —sin motivo legitimador— arbitrariamente (125).

\* \* \*

El análisis del tratamiento igual y de su posible utilización en el Ordenamiento jurídico español ha puesto de relieve los efectos de la colectivación en las relaciones laborales, limitando la libertad contractual empresarial en beneficio de la seguridad jurídica de los miembros de la colectividad laboral.

Existen zonas de la actividad empresarial en las que tiene su vigencia con toda propiedad, precisamente por la directa vinculación de las mismas a la estructuración y vida de la Empresa laboral. No hay, sin embargo, actuaciones empresariales excluidas de la prohibición de discriminar injustamente a los trabajadores de la Empresa: basta que se pueda predicar de las mismas relevancia jurídico-colectiva.

La jurisprudencia dirá si el tratamiento igual debe ser utilizado como cauce exclusivo del control sobre la actuación empresarial para evitar el eventual *animus vexandi* o, si con mayor generosidad, pueda ser precioso instrumento de garantía social en la Empresa laboral. A ella corresponde la última palabra para su legitimación fáctica y señalamiento de límites.

BERNARDO MARÍA CREMADES

---

(125) Vid. ASSANTI: *Le sanzioni disciplinari*, págs. 133 y sigs., y RESCIGNO: *Persona e comunità*, págs. 426 y sigs.

