

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO.—CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

CLASIFICACIÓN PROFESIONAL Y DIFERENCIA DE SALARIOS

(Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 7 y 25 de enero de 1972.
JS, núm. 51, sentencias de 35/72 y 34/72 del Tribunal Central de Trabajo.)

1. En los considerandos de la primera sentencia se afirma que el actor trabajaba a las órdenes de un Ayuntamiento y «que su pretensión es que se condene al Ayuntamiento demandado a que le abone 3.178 pesetas en que cifra la diferencia entre el salario que percibe y el de 144 pesetas, también diarias, a que cree tener derecho de acuerdo con lo estatuido en la Ordenanza Laboral de la Construcción, que es por la que afirma se rigen sus relaciones laborales con el demandado y, por ello, éste, al entender que la pretensión del actor es una cuestión de clasificación profesional, excepcionó la incompetencia jurisdiccional» y que pretende ser clasificado por el trabajo que realiza y anterior acuerdo del Excmo. Ayuntamiento demandado, en cumplimiento de normas dictadas por el Ilmo. Sr. Delegado Provincial de Trabajo, «como subalterno», y percibir sus haberes conforme a nivel X de la misma Ordenanza de Trabajo.

Para el Tribunal Central de Trabajo «en esta *litis* se plantea, pues, un problema principal: a), el de si dentro de las categorías profesionales definidas en la vigente Ordenanza de Trabajo para la Construcción ha de ser clasificado como «peón especializado», categoría profesional que el demandado reclama y el Excmo. Ayuntamiento demandado le niega. Y otros dos problemas subsidiarios, subordinados al anterior, y en cuyo examen no puede entrarse sin estar resuelto el anterior. Son, b), el de si... ha de percibir sus haberes conforme al nivel X de los previstos en la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, o por el nivel X (querrá decir XI) de la misma Reglamentación; y c) Y, razona el Tribunal Central de Trabajo, «se ve, pues, que lo primero y esencial es un problema de clasificación profesional del trabajador. Pero el problema de la clasificación profesional del trabajador, no es de la competencia de esta especializada jurisdicción.» «Y la Magistratura de Trabajo sólo será competente para que, posteriormente, ante ella, se reclamen las retribuciones correspondientes a la categoría profesional declarada por la Administración si la Empresa no las abona voluntariamente.»

2. La segunda sentencia sostiene que «claramente se observa y resulta que la cuestión principal planteada por el actor es un problema de clasificación profesional, consecutivo de la disparidad entre el reclamante que estima tener y corresponderle la categoría de oficial de 1.ª, y la Empresa que no le concede otra que la de oficial de 2.ª, siendo prueba evidente de ello el que toda la reclamación dineraria formulada no es otra cosa que la de las cantidades que el actor estima corresponderle por la categoría y la que la Empresa le reconoce; siendo esto así, es incontrovertible que la presente reclamación entraña un problema de clasificación profesional previo, materia que cae fuera de la competencia de esta jurisdicción.

3. La tesis del Tribunal Central de Trabajo es muy correcta en el tema de su incompetencia de jurisdicción en cuestiones de clasificación profesional. La tendencia dominante en la doctrina y en la jurisprudencia es la de que sí bien las materias de clasificación profesional entran perfectamente dentro de la genérica competencia de la Jurisdicción de Trabajo, por voluntad de la ley de Procedimiento laboral, expresada en su artículo 1.º, apartado 4.º, han quedado excluidas de su ámbito las reclamaciones sobre estos temas.

4. Sin embargo, creemos, y no lo decimos con certeza por la poca claridad de los considerandos que conocemos de las citadas sentencias, que además de los problemas de clasificación profesional existen unas reclamaciones por diferencia de salarios por supuestos trabajos de mayor categoría. Sostenemos esto porque en los considerandos citados se habla de unas cantidades adeudadas, y en el primero se concreta la cifra, cuestiones éstas que en una pura petición de clasificación profesional no tendrían sentido.

Para resolver estos problemas, es indudablemente competente la Jurisdicción de Trabajo; suponemos que la causa de no haber entrado a conocer de este tema el Tribunal Central de Trabajo habrá sido porque en la demanda no se pedirían diferencias salariales, aunque, como ya hemos dicho, de los considerandos se desprende lo contrario.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Central de Trabajo se han ocupado repetidas veces de este problema resolviendo sobre la competencia de los mismos, cuando la controversia no está establecida sobre clasificación profesional sino sobre diferencia de salario, en base al ya citado artículo 1.º de la ley de Procedimiento laboral (2).

Asimismo, cuando se plantea en la misma demanda peticiones de clasificación profesional y de diferencia de salario, la Sala VI del Tribunal Supremo ha entendido que era incompetente para conocer la clasificación profesional, pero ha entrado a conocer el

(1) Cfr. el artículo del profesor SAGARDOY: «La "Jurisdicción" de las Delegaciones de Trabajo en materia de clasificación profesional», en *Rev. D. Procesal*, 1.ª época, enero-junio 1964, especialmente págs. 182 y sigs., jurisprudencia allí citada y sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1968.

(2) Ver, entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1968, y sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 2 de marzo y 5 de mayo de 1967, 23 de diciembre de 1968, 11 de enero y 17 de febrero de 1969, 9 de junio de 1970, 16 de febrero de 1971 y 12 de enero de 1968.

aspecto puramente económico de la demanda (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1968) (3). En el caso de que los actores hubieran pedido diferencias salariales y el Tribunal Central de Trabajo no se considerase competente, se le produciría un grave perjuicio a los mismos. Según la Orden de clasificación profesional de 29 de diciembre de 1945, los efectos económicos de la petición de nueva clasificación no empiezan a contarse sino desde la fecha en que se pidió, por escrito, la reclasificación profesional; por tanto, en el caso de que estuvieran una cierta cantidad de tiempo trabajando en tareas de categoría superior y no le fueran abonadas las diferencias de salarios, no podrían ser reclamadas, ya que, según estas sentencias que comentamos, hay que plantear la clasificación profesional y después acudir a la Magistratura, con lo que esas cantidades adeudadas, las devengadas desde el comienzo de los trabajos de superior categoría hasta la fecha de presentación de la denuncia a la Inspección serían irreclamables.

Igual ocurriría si el trabajador no tuviera derecho a una mayor categoría profesional, pero sí a diferencia de salarios.

Si el supuesto anterior, petición de diferencias de salarios por trabajos de superior categoría, es lo que ha contemplado el Tribunal Central de Trabajo y se ha declarado incompetente hasta tanto no resuelva la autoridad laboral, supondrían estas sentencias una ruptura con toda la jurisprudencia precedente ya mencionada, y un mal enfoque de la distinción entre clasificación profesional y reclamación de salarios por la realización de trabajos de mayor categoría.

5. Todos estos problemas tienen su origen en la duplicidad de Jurisdicciones Administrativa y Laboral, que tanto en materia de clasificación profesional como en otras de menor importancia existe actualmente.

Moviéndonos desde una perspectiva de *lege ferenda*, es muy acertada la posición del profesor Sagardoy (4) al pedir la derogación de la Orden de clasificación profesional de 29 de diciembre de 1945 y sostener la competencia exclusiva de la Jurisdicción del Trabajo en estas cuestiones para un futuro. A la objeción posible de carencia de conocimientos técnicos por parte de los magistrados de Trabajo le da un fácil remedio un informe preceptivo previo de la Inspección del Trabajo.

A la vista de la ley de Procedimiento laboral, existe, a mi modo de ver, otra posibilidad: que el magistrado, si lo estima conveniente, llame a las «personas expertas» de que hablan los artículos 85 y 86 de la citada ley (5).

(3) Para todas estas cuestiones ver el reciente estudio de M. CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ: «El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional», en *R. P. S.*, núm. 96, págs. 79 y sigs., y, especialmente, págs. 116 y sigs. Trata ampliamente estos temas, dando por segura la competencia de la jurisdicción laboral en materia de reclamación de salarios por prestación de funciones de mayor categoría. Ver, igualmente, el trabajo del profesor MONTOYA: *Jurisdicción y Administración de Trabajo*, Madrid, 1970, págs. 69 a 75.

(4) Cfr. art. cit., pág. 190.

(5) Artículo 85. Podrá el magistrado de Trabajo, si lo estima procedente, oír el

Una crítica muy aguda es la que realiza el profesor Alonso Olea al decir que «no se aprecia en absoluto por qué este tipo de conflictos se ventilan en vía administrativa (eventualmente contencioso-administrativa) y no ante la Magistratura de Trabajo; se está dando el absurdo de que existiendo una jurisdicción específica, sea la Sala IV del Tribunal Supremo la que conozca de temas tales como ...» (6).

No se entiende como si el motivo de sustraerle la competencia a la Jurisdicción de Trabajo es de carácter técnico, sea otro Tribunal, y de competencia no especializada en Derecho del trabajo, cual es la Sala IV del Tribunal Supremo, la que decida de una manera definitiva en estas cuestiones.

Un nuevo argumento debe aportarse: el de la dificultad y falta de celeridad del procedimiento de la Jurisdicción Administrativa en contraposición con la Laboral. Presentándose la mayoría de esas dificultades precisamente en el momento más importante, el del recurso al Tribunal Supremo, siendo las dificultades de todo tipo, distancia, problemas de postulación, desconocimiento del procedimiento, etc. Acentuando más las dificultades y la falta de celeridad el tener que acudir posteriormente a la Jurisdicción Laboral para ejecutar los acuerdos de la Jurisdicción Administrativa. También tiene importancia la falta de celeridad en la tramitación de los expedientes, que puede provocar tensiones en el seno de la Empresa; piénsese en la relación deber de obediencia y exigencia de trabajos fuera de la clasificación del trabajador.

Prueba de que los trabajadores preferirían que la Magistratura de Trabajo fuera competente, es la cantidad de demandas que tienen que rechazar nuestros Tribunales de Trabajo porque de una manera o de otra se les plantean cuestiones de clasificación profesional, y ello pese a la innúmera cantidad de sentencias de nuestros más Altos Tribunales que afirman la competencia exclusiva de las Delegaciones de Trabajo.

Asimismo, no puede dejar de alegarse que en el acto de un juicio oral se permiten muchos más medios de pruebas que los previstos en el expediente de clasificación, y que en la mayoría de los casos, los problemas de clasificación profesional son más cuestiones de hecho que de derecho, pudiendo ser mejor delimitados los supuestos en un juicio en donde predomina la inmediatez.

dictamen de tres personas expertas en la cuestión objeto de pleito en el momento del acto del juicio o, terminado éste, para mejor proveer.

A este fin se solicitará de la Delegación Provincial de Sindicatos que proponga los nombres de personas que juzgue aptas para asesorarle, dando a conocer, en la comunicación que el magistrado emitirá al efecto, la materia o modalidad de trabajo sobre que haya de versar el dictamen. El delegado Sindical, en término de cuarenta y ocho horas, deberá remitir al magistrado una lista de nueve personas, a quienes por su honorabilidad y competencia juzgue aptas para el indicado cometido, procurando que en la lista haya la debida proporción entre los elementos de la producción que conozcan la materia o modalidad de trabajo sobre que haya de versar el dictamen, e indicará la profesión u oficio de cada uno de los que propone. El magistrado elegirá entre ellos y hará la designación.

Artículo 86. Los asesores se limitarán a responder concretamente a las preguntas que el magistrado y las partes les formulen, tanto respecto a los hechos como a las prácticas, usos y costumbres de observancia en la profesión de que se trate.

(6) MANUEL ALONSO OLEA: *La materia contencioso-laboral*, 2.ª edición, Sevilla, 1967, página 116.

Por las razones expuestas sostenemos que debería ser competente la Jurisdicción Laboral para resolver todos los conflictos de clasificación profesional.—JAIME CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ.

CONTRATO DE TRABAJO: PERÍODO DE PRÁCTICAS COMO BECARIO EN UNA EMPRESA

(Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 28 de enero de 1972.)

Los hechos que motivan la decisión del Tribunal Central quedan resumidos en la propia sentencia como sigue:

«El actor, estudiante de graduado social, en primero de marzo último, previa presentación de su *curriculum vitae* sobre estudios y trabajos profesionales, dirigió una solicitud a la Empresa demandada para realizar prácticas en la misma, cuya petición fue aceptada, concediéndosele una beca de 4.000 pesetas mensuales para que realizase tales prácticas, durante un año, en la secretaría social de la Empresa o lugar que ésta indicase para su mejor formación profesional, comprometiéndose el becario a realizar los cursos de formación y prácticas que se le indicase y aceptando el horario general de trabajo, así como las normas internas y disciplinarias de la Empresa; y en cumplimiento de lo estipulado, dicho becario realizó tareas en la Empresa en los procesos administrativos de la secretaría social y sección de personal, ayudando a preparar las nóminas mecanizadas, elaboración de partes de absentismo y estudios pedidos por la superioridad en dicha sección, excepto pagos de nóminas, y, en general, ayudando en todas las tareas de la expresada sección, y si bien se le prohibió realizar trabajos ajenos a la Empresa, como estaba montando una gestoría, tramitó peticiones del personal de la Empresa relacionadas con esta actividad y si, finalmente, como la demandada, al conceder la beca al actor por un año se reservó el derecho de darla por terminada cuando lo estimase oportuno, en 28 de julio de 1971 comunicó a éste su decisión de dar por terminadas en esa fecha sus prácticas de becario...»

Del resumen de los hechos parece desprenderse con claridad que no fue intención de las partes concertar una relación de naturaleza laboral sino otra distinta: se dirige una solicitud para realizar prácticas profesionales en el seno de una Empresa y ésta acepta otorgando una beca. Ocurre, sin embargo, que tras una declaración o manifestación de voluntad en un sentido determinado puede ocultarse una intención fraudulenta, destinada a evitar la aplicación de la legislación laboral a relaciones que tienen esta naturaleza. Se hace preciso por ello— como la propia jurisprudencia ha mantenido insistentemente— examinar los puntos significativos del contenido de la relación con objeto de comprobar si coincide o no con el esquema obligacional del contrato de trabajo.

En el presente caso es preciso convenir que ese contenido se aproxima mucho —al

menos aparentemente— al de una relación laboral: una persona realiza una serie de funciones en el seno de una Empresa que le entrega periódicamente una determinada cantidad en metálico; esas funciones, parte de las cuales por lo menos son las mismas que pueden llevar a cabo los empleados administrativos de la Empresa, se realizan con sometimiento al horario de trabajo normal para los demás trabajadores y a las normas organizativas y disciplinarias de la Empresa; aquella persona queda obligada, incluso, a abstenerse de realizar otros trabajos que no sean los señalados por aquélla. ¿Podría pensarse que, con independencia y a pesar de la declaración inicial de que lo que se solicita y otorga es una beca para lograr un perfeccionamiento profesional, existe una prestación remunerada de servicios y, por lo tanto, debe aplicarse la presunción establecida por el artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo?

El Tribunal Central estima que «las notas características exigidas en el artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo para la existencia de un contrato de este nombre no se dan en las relaciones que existieron entre los hoy litigantes.» Su afirmación queda apoyada en los tres siguientes argumentos: a), «Las prácticas de enseñanza que vino realizando el becario, al tener como única finalidad el perfeccionamiento profesional del mismo, no supone la participación en la producción que establece el aludido precepto» (art. 1.º de la ley de Contrato de trabajo); b), no «existe remuneración o salario, puesto que las 4.000 pesetas que se le abonaban al recurrente lo eran por la beca concedida, o lo que es igual, según define el *Diccionario de la Academia Española*, como la ayuda pecuniaria concedida a un estudiante»; c), no puede estimarse «que el hecho de observar el horario laboral y someterse a las reglas de disciplina de la Empresa suponga la existencia del requisito de subordinación y dependencia a que dicho precepto alude y bastante por sí solo para tipificar como laboral la relación concertada entre las partes, puesto que el actor, dada su cualidad de estudiante becario, debía adecuar sus prácticas de enseñanza en cuanto a tiempo y modo, precisamente con el horario en que esa enseñanza se podía impartir, es decir, durante la normal jornada de trabajo y en la forma que tuviese la Empresa por conveniente y no al libre capricho del estudiante».

El primer punto del razonamiento pone de relieve que el becario, al llegar a un acuerdo con la Empresa demandada, tenía como única intención la de lograr su perfeccionamiento profesional, lo cual parece excluir una relación de este tipo del ámbito de la contratación laboral. Se olvida, sin embargo, que toda una amplia gama de objetivos personales —entre los que puede contarse, desde luego, el lograr un mejor conocimiento de determinado oficio o profesión— puede existir en el fondo de una relación laboral. Una persona puede realizar una prestación remunerada de servicios, incluida a todos los efectos en la normativa laboral, aun cuando la finalidad perseguida no sea la mera «participación en la producción». En el caso que se comenta, parece que esa intención excluyó la prestación de tipo laboral, pero esto no puede ser elevado a categoría general aplicable a todos los supuestos en que concurra esa finalidad de perfeccionamiento profesional.

El segundo punto (falta de remuneración) sería una lógica consecuencia de la no existencia de contrato de trabajo; sin embargo, en la decisión se utiliza como argumento para negar la cualidad de laboral a la relación: dado que la cantidad que se

recibe no puede calificarse de salario, no existe contrato de trabajo. Parecería más lógico establecer el argumento en forma contraria: si no existe contrato de trabajo, la cantidad que se percibe no es salario, sino otra cosa, que en el caso presente resulta ser una beca. Obsérvese que, materialmente, beca y salario coinciden: ambos son cantidades que la Empresa se compromete a entregar periódicamente al actor. El punto esencial que los separa es la causa de su pago: en el caso del salario existe una contraprestación al servicio llevado a cabo por el trabajador, mientras que en el supuesto de la beca se trata de una concesión graciosa de la Empresa, que desea ayudar de esta manera al que se dedica a completar su formación profesional. Pero, en cualquier caso, es necesario realizar previamente la calificación de la relación para concluir, si se estima que no es de naturaleza laboral, negando el carácter de salario a la cantidad que se entrega.

La tercera base de la argumentación de la sentencia es la inexistencia de subordinación y dependencia: estima que el hecho de estar sometido a horario y a las normas dictadas por la Empresa no supone el requisito de dependencia característico de la relación laboral y exigido por el artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo. Es necesario admitir, desde luego, que si se trataba de realizar prácticas en el departamento de personal de la Empresa, la presencia del becario en el mismo debía coincidir con el horario normal de trabajo y su actividad debía quedar sometida a las instrucciones dictadas por aquélla. La intensidad de ese sometimiento admite, como es sabido, una cierta flexibilidad: la propia jurisprudencia ha ampliado considerablemente ese margen con relación a la que existe en la relación de naturaleza laboral. El problema consistiría en saber si es posible deslindar perfectamente, y en abstracto, la dependencia característica de la relación de trabajo y el sometimiento a órdenes e instrucciones de otra persona en relaciones de otra naturaleza. Esta cuestión, que puede resultar de relativa simplicidad en algunos supuestos (como, por ejemplo, en el contrato de obra), es mucho más difícil en otros, como en el presente, donde aparece como dato importante la incorporación física del presunto trabajador a la Empresa, la realización de su actividad en los locales de la misma y toda una serie de indicios de los que normalmente revelan la existencia de una relación de trabajo.

Posiblemente, el dato definitivo que hubiera podido utilizarse para negar el carácter laboral a la relación sea el de la identificación del nudo obligacional que ligaba a las partes: dato éste que se encuentra aludido sólo muy indirectamente en la sentencia pero que, con toda seguridad, podría fundamentarse en los antecedentes de la decisión. El contenido fundamental del acuerdo entre las partes fue probablemente el de facilitar por parte de la Empresa unos conocimientos prácticos determinados al actor, conocimientos que éste consideraba como necesarios o útiles para su futuro ejercicio profesional. De esta manera, no concurriría en la relación establecida el requisito exigido en el artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo: obligación de prestar un servicio a un patrono o empresario. O, si se prefiere desde el punto de vista del artículo 3.º de la misma ley, no existiría la utilización de un servicio por parte de una persona que se reputa empresario.

En el caso comentado, parece claro que la Empresa no utilizaba unos servicios ajenos, sino que simplemente facilitaba la adquisición de unos conocimientos profesio-

nales en el seno de su organización. Aunque se observa que el actor realizaba efectivamente unos determinados trabajos materialmente idénticos a los que podría desempeñar un trabajador por cuenta de la Empresa (elaboración de nóminas, partes de absentismo), el conjunto de su actividad en el seno de aquélla no era la propia y típica de un trabajador por cuenta ajena, esto es, la prestación de un servicio para otra persona que lo utiliza para su propia finalidad en el seno de su organización.

Se insiste en que esta interpretación necesitaría para lograr una mayor firmeza un más amplio apoyo en los datos del caso, de los que sólo existen referencias aisladas en el contenido de la decisión. Si esto no pudiera realizarse y no fuera posible llegar a la completa convicción de que falta esa utilización de servicios ajenos por parte de la Empresa, se estima que habría base suficiente para aplicar la presunción del artículo 3.º de la ley de Contrato de trabajo en favor de la existencia de relación laboral, que debe entrar en juego —como la propia jurisprudencia lo ha mantenido en más de una ocasión— cuando existe duda sobre la calificación correcta de la relación entre las partes.—FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO.

LIMPIADORAS CON JORNADA DE TRABAJO REDUCIDA QUE PERCIBEN LA REMUNERACIÓN CORRESPONDIENTE A UNA JORNADA NORMAL. NO SE INFRINGE EL PRINCIPIO DE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA CUANDO A PARTIR DE UNA DETERMINADA FECHA PASARON A PERCIBIR LA RETRIBUCIÓN CORRESPONDIENTE A LA JORNADA REDUCIDA

(Sentencia de 15 de febrero de 1972. Ref. JS, núm. 51, 70/72 del Tribunal Central de Trabajo)

1. Las actoras, limpiadoras al servicio de una Empresa eléctrica, venían trabajando una jornada reducida de seis horas, percibiendo, no obstante, el salario correspondiente a la jornada normal de ocho horas. A partir del año 1969, en que se negocia el convenio colectivo entre la Empresa demandada y sus productores, las limpiadoras, si bien continúan trabajando la misma jornada de trabajo comienzan a percibir el salario proporcional correspondiente a la jornada de seis horas. Presentada demanda ante la Magistratura de Trabajo por diferencias de salarios, fue desestimada la pretensión actora, fallo que fue confirmado por el Tribunal Central de Trabajo.

2. La sentencia que comentamos llega a la conclusión de que el derecho al salario correspondiente a una jornada de ocho horas, aun cuando la jornada de trabajo efectiva es de seis horas, y percibido con anterioridad al año 1969, no alcanza el rango de condición más beneficiosa. En consecuencia, la fijación de un nuevo salario proporcional a la jornada de seis horas no infringe tal principio. Los razonamientos aportados por la sentencia para fundamentar tal conclusión pueden reducirse a los siguientes:

a) La alegación de diversas normas jurídicas en las que apoyar la percepción de una remuneración proporcional a la jornada de trabajo efectivamente prestado. En este sentido, la sentencia hace referencia a que «los su-

cesivos Decretos de salarios mínimos disponen que su percepción será proporcional a prorrata, cuando la jornada de trabajo sea inferior a la legal».

- El artículo 6.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960 establece que «si se realizase otra de menor duración (la jornada de trabajo), el salario experimentará la reducción proporcional correspondiente».
- El Convenio Colectivo Sindical de Empresa, aprobado en 15 de abril de 1969, fija el módulo de retribución de las limpiadoras a base del valor hora, aplicando en este aspecto la Orden de 8 de mayo de 1961, que establece los conceptos que han de tenerse en cuenta para la determinación de salario-hora individual. Además, reafirmando el contenido de las normas jurídicas, la sentencia declara «que en ninguno de los convenios a nivel de Empresa, en Reglamentaciones u Ordenanzas, se autoriza o pacta que las limpiadoras, trabajando seis horas cobren ocho...».

b) Prácticamente, se niega el carácter de retribución salarial a aquella parte del salario que excede del correspondiente a las seis horas trabajadas, al estimar la sentencia comentada que ese excedente no corresponde a un trabajo efectivamente prestado. En este sentido, la remuneración correspondiente a las dos horas no trabajadas parece adquirir un carácter de mejora gratuita concedida unilateralmente por el empresario, en cuanto que la sentencia declara que «tiene que admitirse que la retribución que en los hechos probados se declara, *al nacer sin contraprestación u otra obligación admisible*, no alcanza el rango de condición».

c) La argumentación fundamental esgrimida en la sentencia radica en el hecho de que la remuneración que correspondería a las dos horas no trabajadas quedan compensadas por el nuevo salario que se establece a partir de 1969, aun cuando es el salario estrictamente proporcional a la jornada de seis horas. Por ello, la sentencia considera que las actoras no se ven, en absoluto, perjudicadas en cuanto que el salario correspondiente a la jornada de seis horas que perciben es sensiblemente superior al que recibían antes de 1969 y correspondiente a la jornada normal. Así, la sentencia afirma que «cuando la retribución de las recurrentes, desde marzo de 1969, es sensiblemente superior a la de épocas inmediatamente anteriores, *lo que al eliminar perjuicios económicos...*, impide se consume una incorrecta interpretación del artículo 38 de la ley de Contrato de trabajo...».

3. El problema, como queda expuesto, se reduce a establecer si el nuevo salario (proporcional a la jornada de seis horas), aún siendo superior al anterior (correspondiente a la jornada normal), implica o no un perjuicio económico en relación con los derechos adquiridos con anterioridad por las limpiadoras; en definitiva, si existe o no infracción al principio de condición más beneficiosa.

Efectivamente, la normativa jurídico-laboral establece con carácter general que cuando la jornada es inferior a la normal, la retribución correspondiente a la misma resul-

tará proporcional al número de horas trabajadas, teniendo en cuenta el módulo de valor hora. Sin embargo, no es menos cierto que en el Derecho del trabajo las condiciones de trabajo establecidas en las leyes adquieren el carácter de mínimas, en el sentido de que pueden ser mejoradas posteriormente, bien en virtud de otra norma jurídica, bien en base a un pacto individual o colectivo o por una concesión unilateral del empresario.

No obstante esta consideración, se podría argumentar que, en este supuesto concreto, la remuneración que correspondería a las dos horas no trabajadas no tienen carácter salarial, sino que responden a una concesión voluntaria y gratuita del empleador. Sin embargo, y dejando ahora al margen la consideración de que determinadas cantidades otorgadas voluntariamente por el empresario pueden llegar a adquirir, por la continuada regularidad en su concesión, carácter exigible, estimamos que, en este caso, no se puede alegar que la remuneración que correspondería a las dos horas no trabajadas no obedece a una efectiva contraprestación de las limpiadoras. En realidad, aun cuando no queda explícito en la sentencia comentada, parece que el salario pactado por la jornada de seis horas era el correspondiente a la jornada normal, lo cual quiere decir que el salario establecido recibía como contraprestación efectiva el trabajo desarrollado durante una jornada de seis horas, aun cuando se estableciera como módulo de fijación de aquél la jornada de ocho horas. De ahí que consideremos que la remuneración que correspondería a las dos horas no trabajadas sean estricto salario.

Por otra parte, es cierto que los convenios colectivos contienen las denominadas cláusulas de absorción y compensación, lo que implica que en virtud de las mejoras salariales contenidas en el nuevo convenio quedan absorbidas las condiciones anteriores. Sin embargo, en este concreto supuesto, el salario anterior (correspondiente a la jornada normal), no puede quedar absorbido por el nuevo salario (proporcional de seis horas), en cuanto que *el derecho consolidado por los actores es el de percibir la remuneración correspondiente a la jornada normal por el trabajo efectivo prestado durante una jornada de seis horas*. De ahí que nos resulte ingenuo el argumento esgrimido en la sentencia de que el nuevo salario establecido no reporta ningún perjuicio económico a los actores en cuanto que es sensiblemente superior al anterior.

La negociación del convenio colectivo revisa periódicamente los niveles salariales tratando de adecuarlos al coste de la vida, lo que no se ha tenido en cuenta a la hora de determinar si existe o no perjuicio económico para las limpiadoras. Evidentemente, este perjuicio existe desde el momento en que el nuevo salario de las limpiadoras no ha sido elevado en la proporción que tiene en cuenta el convenio de acuerdo con el alza del coste de la vida.

4. Por todo lo expuesto creemos que en el supuesto de hecho analizado existe infracción del principio de condición más beneficiosa adquirida con anterioridad por los actores. La doctrina afirma, en este sentido, que «la condición más beneficiosa individual o singular es inatacable para las normas estatales y para las convencionales»; por ello lo pactado en el contrato de trabajo individual, en cuanto establezca condiciones más beneficiosas para el trabajador «se impone a toda regulación general» (profesor Alonso Olea: *Derecho del trabajo*, págs. 383-384).—MANUEL MARÍA CHAVES GONZÁLEZ.

CESIÓN DE TRABAJADORES (INTERPOSICIÓN) Y SUBCONTRATA
DE OBRAS Y SERVICIOS

1. En un reciente manual de alta divulgación jurídica para trabajadores, de Martín, Moreno y Rigau, y respecto al Decreto de 17 de diciembre de 1970, se dice refiriéndose implícitamente a su artículo 4.º, que «legaliza» el prestamismo al considerar que no existe, cuando las Empresas prestamistas en vez de contratar expresamente la cesión o préstamo temporal de trabajadores a otras Empresas, lo que contratan documentalmente es la «realización de obras o trabajos correspondientes a la propia actividad» aunque en la práctica las consecuencias para los obreros sean las mismas: trabajan realmente para una Empresa que se supone solvente y pertenecen legalmente a otra que habitualmente de Empresa sólo tiene el nombre.

La afirmación peca de radical pero no de irreal. Lo que nuestra *praxis* conoce como cesión o prestamismo de trabajadores no existe normalmente como figura jurídica tipificada, por eso hay que hablar de un mecanismo interpositorio a través de una conexión de contratos, sirviendo como tal mecanismo la mayor parte de las veces precisamente una pseudocontrata de obras o servicios. Corresponde a la jurisprudencia ahondar en el supuesto de hecho, en la realidad de las relaciones más allá de los contratos formales entre el empresario principal y el presunto contratista para deducir cuándo existe realmente una contrata y cuándo, por el contrario, la presunta contrata no es sino un instrumento para establecer un diafragma entre el empresario principal, auténtico empleador, y el trabajador.

La labor jurisprudencial está comenzando; aparecen ahora las primeras sentencias publicadas del Tribunal Central de Trabajo en la materia, y al hilo de ellas conviene hacer algunas reflexiones en aras de que pueda cumplirse el propósito del Decreto citado de evitar y suprimir los muy frecuentes casos de interposición en las relaciones de trabajo.

2. Por esta vez no faltan criterios doctrinales firmes a utilizar para trazar la distinción. En un impecable y profundo trabajo, Martín Valverde («Interposición y mediación en el contrato de trabajo, en RPS, núm. 91), ha demostrado la incompatibilidad entre interposición y contrata: «El verdadero contratista nunca podrá ser persona interpuesta, habida cuenta de que los trabajadores son contratados por él para llevar a cabo obras o trabajos que se realizan a través de una organización de medios propia. No se da aquí la titularidad ficticia de posiciones jurídicas que constituye el rasgo definitorio de la interposición. La llamada contrata de mano de obra no es tal, sino una interposición disimulada (pseudo-contrata)» (pág. 32). «No nos encontramos ante supuestos de contrata cuando la prestación del presunto contratista es, simplemente, la provisión o suministro a la contratante de mano de obra vinculada laboralmente con el primero» (pág. 53). «Nos encontramos aquí ante una manifiesta destipificación del contrato de obra: ni cabe una contrata en la que el contratista no asuma ningún riesgo, ni cabe una contrata en la que el supuesto contratista no actúe, o bien a través de una organización de Empresa, o bien ejecutando personalmente la obra encargada; ni cabe,

por tanto, que el objeto de la contrata sea la provisión de trabajo ajeno» (pág. 66). De modo que concluye que esta pseudocontrata no es tal contrata, sino un claro fenómeno interpositorio.

La contrata presupone la existencia de una organización productiva del contratista, lo que coloca en segundo plano, pero no hace imposible la prestación personal de trabajo del contratista, junto a sus propios trabajadores. En la auténtica contrata no hay utilización directa de mano de obra ajena, ya que el «empresario principal» no dispone de una mano de obra que se le suministra, sino que de la contrata lo que obtiene es un resultado productivo autónomo obtenido por el contratista, que cumple la obligación de resultado a la que se había comprometido dirigiendo y ordenando por sí o por sus delegados el trabajo de sus propios trabajadores. (Cfr. Rodríguez-Piñero, «La regulación protectora del trabajo en contratas», en *RPS*, núm. 93, págs. 29 y sigs.)

Una delimitación de la contrata, aunque aplicada en estos casos para diferenciarla del contrato de trabajo, se encuentra en dos sentencias de 6 de marzo de 1972 (*JS*, 155/72, Tribunal Central de Trabajo) y 21 de marzo de 1972 (*JS*, 159/72, Tribunal Central de Trabajo). En la primera de ellas, en una reclamación de cantidad de un pintor frente a una Empresa constructora, reclamación estimada por la Magistratura de instancia, el Tribunal declara la incompetencia de la Jurisdicción Laboral, afirmando:

«... que no es el actor un trabajador destajista, sino un contratista adjudicatario de la obra, puesto que se fijaron unos precios unitarios por la pintura de cada uno de los tipos de vivienda construidos, incluyéndose en ellos no sólo el importe de los trabajos sino el de los materiales empleados, y el actor contrata por su cuenta para la realización de los trabajos citados al personal obrero que precisa.»

La solución jurisprudencial parece correcta, aunque quizá insista demasiado en el valor calificadorio del tipo de remuneración convenida, que debe tener más valor indiciario que calificadorio, ya que por mandato del artículo 1.º de la ley de Contrato de trabajo, el contrato de trabajo admite cualquier forma pensable de retribución, y no es incompatible con la estructura del contrato de trabajo, la aportación de materiales del trabajador, ya que su resarcimiento está previsto expresamente en el artículo 75 de ley de Contrato de trabajo. Lo más importante es el contenido de la obligación prometida, que sea un resultado, y precisamente un resultado al que se llegue con medios propios, con la organización productiva algo rudimentaria, pero organización productiva al fin, que detentaba el pintor con personal por él contratado. Un dato indiciario decisivo aquí sería la habitualidad que caracteriza a la pequeña Empresa. No se nos dice, pero seguramente sería así, que tal pintor se dedicara sistemáticamente a esas tareas frente a una clientela abierta de constructores o de contratistas.

En la sentencia de 21 de marzo de 1972, el Tribunal Central de Trabajo confirma una sentencia de una Magistratura de instancia que se declaraba incompetente para conocimiento de una reclamación de cantidad entre unos oficiales de construcción que se habían comprometido a la construcción de una piscina mediante el precio de 250

pesetas el metro cuadrado y la Empresa constructora. Según el Tribunal Central de Trabajo:

«... aparece claro y manifiesto... el carácter de subcontratistas de los actores que se comprometieron a realizar una obra determinada mediante el pago del precio convenido, contratando para ello el personal necesario y a cargo y cuenta de los mismos.»

De nuevo nos encontramos una argumentación que insiste particularmente en el «precio convenido», que, repetimos, puede ser un elemento indiciario pero no decisivo. También se habla de la contratación de personal propio; este argumento es más aceptable pero no obtiene validez, poniendo en juego el Decreto 3.667/70 si se evidencia que esta contratación de mano de obra es para uso propio, y no para uso del empresario principal. En efecto, de seguirse al pie de la letra la idea de que no estamos ante un trabajador sino ante un contratista, porque contrata personalmente trabajadores, nos encontraríamos con una calificación de contratistas de muy numerosos supuestos de auténtica interposición. Para evitar esa interpretación, que, desde luego, no es la querida por la sentencia que comentamos, sería, quizá, conveniente que nuestros Tribunales de trabajo examinaran la estructura real del negocio, poniendo en particular atención en el contenido del compromiso y su ejecución, para lo cual las características subjetivas del presunto contratista son muy relevantes. Si no posee una organización productiva propia, que le permita ofrecerse a un posible mercado de contratistas, difícilmente podrá ser estimado como tal contratista o subcontratista, sino que estaremos cuanto más ante figuras de contrato de trabajo colectivo. En otro caso, si se trata de un pequeño empresario, titular de una organización productiva modesta, puede ser calificado de contratista, incluso en el caso, y es esto lo que queríamos subrayar, de que él, personalmente, preste también su contribución por medio de su trabajo a la realización del resultado prometido.

4. Directamente aplican el Decreto 3.667/70 y para trazar una distinción entre los supuestos de los tres primeros artículos (interposición) y el del artículo 4.º, las sentencias de 4 de febrero de 1972 (21/72, Tribunal Central de Trabajo) y de 7 de febrero de 1972 (22/72, Tribunal Central de Trabajo).

La pretensión de la parte actora en ambos casos era similar: la de ser declarados los trabajadores demandantes obreros de plantilla del empresario, en cuyas instalaciones realizaban sus trabajos, en el primer caso, de conservación y reparación de calles y plazas, y, en el segundo, de montajes e instalaciones metálicas, su mantenimiento y conservación. En ambos casos los trabajadores estaban adscritos formalmente a un empresario con el que contrataba directamente el empresario «principal». Las Magistraturas de instancia respectivas, en ambos casos aceptaron la pretensión actora, criterio confirmado por el Tribunal Central de Trabajo.

Ambas sentencias recuerdan la vinculación del Decreto 3.667/70 con el Decreto-ley (al que, por cierto, suprime esta última referencia, quizá para tranquilizar posibles dudas respecto a la legalidad del primero), de 15 de febrero de 1952, pero mientras

que en la sentencia de 4 de febrero se insiste en la idea de la evitación de fraudes a la legislación laboral, por medio de las funciones de personal y a la evitación de oficinas privadas de información, en la sentencia de 7 de febrero, se alude más genéricamente a los objetivos de garantía y salvaguardia de los derechos de los trabajadores. La referencia a la *ratio* de la disposición sirve de premisa argumental a la sentencia 21/72 para delimitar el supuesto del artículo 1.º del Decreto 3.667/70, como incluyendo a «las Empresas que se dediquen a contratar y ceder trabajadores temporalmente y a las que los utilice». Si se compara esa descripción con el texto taxativo del artículo 1,1 del citado Decreto, se podrá comprobar que en la simplificación de la descripción normativa se ha llegado a una posible deformación de la descripción legal del supuesto. Podría intuirse que la sentencia interpretando a *sensu contrario* la descripción que hace del supuesto de interposición que se está vedando la cesión «profesional», se alude a Empresa y, sobre todo, se habla de dedicarse a contratar y ceder, o traslativamente contratar para ceder. El supuesto se restringiría al caso del empresario que celebra contratos de trabajo sin emplear personalmente a trabajadores, pues, por decirlo con Schnorr, «el único fin de este acuerdo contractual es obligar a ese trabajador a prestar un determinado trabajo o para un tiempo determinado a otro empresario, que le marque su propio empleador» («Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, en *RdA*, 1972, pág. 142). El supuesto se acerca al que el artículo 59,2 de la vigente Ordenanza de la Construcción prescribe «la prestación de servicios en una Empresa, de personal formalmente adscrito a otro que no tenga actividad laboral propia». Si la intención del Decreto de 1970 hubiera sido vedar sólo estas formas de interposición de las Empresas de «trabajo temporal», le hubiera sido muy fácil, al igual que sucede con el artículo 4.º, utilizar la descripción de la Ordenanza. Al contrario, el Decreto contiene una descripción genérica y objetiva de los muy diversos supuestos posibles de interposición y mediación, en que caben, desde luego, préstamos y cesiones no profesionales de trabajadores. Lo decisivo es que a través de una combinación negocial del tipo que sea, en la que entran contratos de trabajo, se obtenga la utilización directa de trabajadores sin devenirse empleador de los mismos, así lo expresa el artículo 1,2 del Decreto al hablar de empresario «que efectivamente haya utilizado las prestaciones». Esa delimitación objetiva de la interposición indica que para su prohibición se ha tenido en cuenta su peligrosidad objetiva sin que la intención fraudulenta se exija en ningún caso. No basta encontrarnos con un empresario «plenamente solvente y de reconocida personalidad», al que alude la sentencia de 4 de febrero, ni basta «estar en posesión del correspondiente carnet de Empresa, alta en la contribución fiscal y al corriente en el alta y abono de cuotas de la Seguridad Social», a que alude la sentencia de 7 de febrero. Ciertamente, estos son elementos indiciarios que podrán ser tenidos en cuenta, en especial para graduar las responsabilidades administrativas, pero que por sí no pueden excluir si se dan los requisitos previstos en el artículo 1.º del Decreto citado, la aplicación de las normativas del mismo.

La doctrina mantenida en las sentencias es en lo demás correcta. Al margen de estas referencias críticas a algunas afirmaciones de paso de las sentencias comentadas, que convenía aclarar pues la técnica forense de la argumentación sobre las frases extraídas a la propia conveniencia de las decisiones judiciales hace extremadamente pe-

ligrosa cualquier afirmación marginal en el contexto, pero que en otros casos pueden servir de línea de argumentación básica.

La sentencia de 4 de febrero de 1972 traza muy brevemente la distinción entre contrata e interposición:

«No cede personal sino contrata la realización de determinados servicios y obras con otra Empresa, en virtud del correspondiente contrato y mediante el beneficio estipulado para la realización de los cuales necesariamente, y así lo efectúa, utiliza el personal propio y a ella afecta, para obtener un beneficio, no por cesión de personal a sus órdenes, sino por realización del servicio de obra contratado, razones todas que determinan la desestimación del motivo y obligan a la del recurso, confirmando la sentencia combatida.»

La delimitación es correcta porque se admite que la contrata se promete la realización del servicio de obra contratado, no existiendo en ningún caso «cesión de personal a sus órdenes o utilización directa de mano de obra», sigue siendo el contratista el que «utiliza el personal propio y a ella afecta». Falta, sin embargo, la aplicación al caso debatido, ya que no se explicita quien utilizaba directamente al trabajador, elemento de hecho difícil a veces de aclarar. En todo caso la delimitación de interposición y contrata requiere un examen muy a fondo de los hechos en causa para ver si estamos ante una auténtica contrata o ante una pseudo-contrata en que no se cede sino mano de obra. Para el Tribunal Superior, la fijación de hechos probados del Tribunal de instancia puede ser insuficiente, como lo es para el propio lector de la sentencia, para comprobar si se ha aplicado de modo correcto al caso la calificación de contrata o de interposición.

Al problema fáctico alude la sentencia de 7 de febrero, mostrando la extremada dificultad de completar los hechos (correctos pero incompletos) incluidos en la declaración de hechos probados del Tribunal de instancia, insistiendo en el principio de que «el magistrado está obligado a declarar como ciertos aquellos hechos que así aparezcan, en su libre y soberana facultad de apreciación, que le otorga el artículo 89, pero no aquéllas que las partes estimen necesarias para sus particulares fines».

Centrándonos en el tema que aquí interesa, la sentencia de 7 de febrero parece haber profundizado más detalladamente en los hechos de la causa. Se alude, por una parte, a que la Empresa contratista ha realizado «la prestación de servicios por sus productores en diferentes Empresas, como consecuencia de servicios contratados, bien mediante presupuestos por obras, bien por facturación por obras o servicios». En el primer caso no hay ninguna duda, y, en el último, podría haberlas no tanto en la forma de precio estipulado, compatible, en cualquier caso, con la estructura de la contrata, sino en cuanto al contenido de lo contratado, si era un servicio específico estaríamos ante una contrata, pero si era la utilización directa de mano de obra ajena estaríamos ante una interposición.

La argumentación básica se contiene en el tercer considerando, en el que se subraya ser una contrata la realización de determinados servicios, utilizando para ello la orga-

nización de medios productivos propia y el personal propio. La claridad de las afirmaciones de la sentencia ahorra y hace innecesario cualquier comentario adicional:

«Por ello si es probado, por no ser combatido este extremo que la Empresa se dedica a la actividad de montajes metálicos e instalaciones industriales y su conservación, mantenimiento y reparación con unos doscientos productores a su servicio y la adecuada maquinaria, utillaje y talleres propios, el hecho de convenir con la demandada la realización de determinados servicios, para los que necesariamente utiliza personal propio con materiales y utillaje de su propiedad, ello nunca puede ser considerado dentro de las actividades a que se refiere el artículo 1.º del citado Decreto de 17 de diciembre de 1970, por estar en posesión del correspondiente carnet de Empresa, alta en la contribución fiscal y al corriente en el alta y abono de cuotas de la Seguridad Social (hecho segundo), determinando todo ello el reconocimiento de la acertada interpretación dada por el juzgador al mencionado Decreto, lo que obliga a la desestimación del motivo y del recurso y confirmación de la combatida sentencia.»

5. A la entrada en vigor del Decreto 3.667/70, hacen referencia las sentencias de 20 de marzo (152/72) y 7 de marzo (153/72). En esta última se pretende la integración como trabajadores de plantilla en una Empresa dedicada a la fabricación de cementos de unos trabajadores que habían prestado servicios en el taller de reparaciones y maquinarias de aquélla, por cuenta formal de un empresario de reparaciones mecánicas, todo ello antes de la entrada en vigor del Decreto 3.667/70. La pretensión se deniega en la instancia y en el Tribunal Central, en base a la carencia de efectos retroactivos de la citada disposición. La solución es correcta y la sentencia no merecería mayor comentario si no añadiera un innecesario argumento:

«Si a lo expuesto se añade que la Empresa que lo contrató se dedica a la reparación de maquinaria, actividad distinta a la de fabricación de cementos cual es la de la demandada, que aquélla se halla encuadrada en el Sindicato Provincial del Metal, abonaba los salarios y cotizaba por ello en la Seguridad Social.»

De nuevo nos encontramos aquí con una argumentación que puede ser correcta para el caso en cuestión, pero que convertida en máxima jurisprudencial deviene peligrosa. Por un lado, la corrección formal, el cumplimiento de los deberes empresariales en el plano laboral, sindical y de la Seguridad Social. Nos permitimos insistir que lo que se veda en nuestro ordenamiento es la interposición sin más, no meramente la interposición fraudulenta. Por otro lado, se alude a la distinta actividad de la Empresa que los contrató, este argumento utilizado rectamente puede ser más útil en la medida que sirva para mostrar la especialidad de los servicios realizados en la Empresa constructora, si tales servicios especiales son servicios determinados, y así a la postre la disponibilidad directa sobre las prestaciones corresponde a la Empresa de reparaciones de

maquinaria, no estaremos ante una interposición sino ante un supuesto de contrata y, precisamente, ante una contrata de las no incluidas en el artículo 4.º, por tratarse de trabajos no correspondientes, si realmente son esporádicos a la propia actividad.

En la sentencia de 20 de marzo se reclamaban diferencias salariales. También el Tribunal Central acepta la tesis de que el Decreto no tiene efectos retroactivos, de modo que «lo en él establecido sólo tiene fuerza desde la fecha de su entrada en vigor». Sin embargo, como se trataba de una reclamación en trabajo de construcción, aplica el artículo 59 de la vigente Ordenanza y establece la responsabilidad subsidiaria de las Empresas que subcontraten la realización de obras y trabajos, limitando la sentencia la responsabilidad acertadamente a sólo el tiempo de duración de la realización de la obra.—MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO.

MEDIDAS DISCRIMINATORIAS ADOPTADAS CON RESPECTO
A CARGOS SINDICALES

(Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 14 de enero de 1972, JS, núm. 51, 24/72, Tribunal Central de Trabajo, y de 4 de febrero de 1972, JS, núm. 51, 25/72, Tribunal Central de Trabajo)

1. El supuesto de hecho sobre el que recae la primera sentencia es el siguiente: Un vocal jurado recibió comunicación de su Empresa en el sentido de que, para concurrir a un acto en el ejercicio de su cargo, debía, previamente, solicitar permiso por escrito y, *a posteriori*, presentar justificante de la asistencia y término del acto, exigencias ambas que no se piden a los restantes miembros del Jurado de Empresa. Instruido expediente por al Delegación Provincial de Sindicatos y remitido el mismo a la Magistratura de Trabajo, ésta declaró la inexistencia de las medidas discriminatorias alegadas, fallo que fue confirmado por el Tribunal Central de Trabajo.

Por su parte, la sentencia de 4 de febrero de 1972 juzga el caso de un oficial linotipista, enlace sindical, que aceptó, con otros trabajadores, la supresión de horas extraordinarias planteada por la Empresa y, posteriormente, solicitó la reanudación del trabajo en tales horas, no accediendo la Empresa, lo que dio lugar a la tramitación de un expediente sobre medidas discriminatorias a enlace sindical. La Magistratura de Trabajo desestimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por el Tribunal Central de Trabajo.

2. El argumento utilizado por el Tribunal Central de Trabajo para llegar a la desestimación de la primera sentencia es el de que no existe medida discriminatoria improcedente, ya que la petición de justificación de la asistencia constituye «un derecho establecido por el último párrafo del artículo 68 de la ley de Contrato de trabajo (7) en

(7) Evidentemente se está aludiendo al último párrafo del artículo 67, no del artículo 68.

tavor de la Empresa, cuyo ejercicio es de libre aplicación por la misma, por lo que el motivo ha de ser rechazado».

En el segundo supuesto se afirma que «no existió medida discriminatoria ni comunicación alguna de las circunstancias consideradas y tenidas en cuenta por el artículo 9.º (8), ya que aparece como cierto y probado que la Empresa el día 3 de agosto de 1970 comunicó al actor y compañeros de la sección de linotipias la supresión de las horas extraordinarias, excepto para dos trabajadores, dando el actor su conformidad para que fuesen otros dos compañeros los que continuasen con la jornada extraordinaria, no pidiendo por ello el actor su continuación, ni, por tanto, ejerció el derecho que el citado artículo 9.º le concedía, y si ello fue así por conveniencias particulares, no puede ahora, volviendo sobre sus propios actos, pretender un derecho al que renunció expresamente; esto obliga a desestimar el recurso y confirmar la combatida sentencia».

3. La primera consideración que se nos ocurre tras un examen de ambas sentencias es la de que en ninguna de ellas se ataca de frente la cuestión planteada: en ambas se niega la existencia de medidas discriminatorias, pero no porque no se aprecien los supuestos que configuran tales medidas sino porque se aprecia la existencia de unos supuestos totalmente distintos, los cuales (se presupone) acarrear la inexistencia de las prácticas mencionadas. Es decir, que para nuestro Tribunal Central de Trabajo no se puede estimar que existe discriminación cuando haya un derecho facultativo reconocido a favor de la Empresa (primer supuesto) o cuando haya una renuncia previa del trabajador (segundo supuesto). Pero tales conclusiones se basan en presunciones no explicitadas por el órgano juzgador y que no son, en ningún caso, evidentes: ¿Por qué razón se dice que el empresario no discrimina cuando ejercita un derecho? ¿Es que sólo discrimina cuando actúa ilegalmente? ¿Por qué no existe discriminación cuando ha habido una renuncia previa del trabajador? ¿Es que tal renuncia no está afectada por la nulidad con que sanciona a toda renuncia el artículo 36 de la ley de Contrato de trabajo?

El silencio que en ambas sentencias se mantiene respecto a tales interrogantes, junto con las conclusiones a las que se llega, hacen suponer que la respuesta es afirmativa en ambos casos para el Tribunal Central de trabajo, esto es, que sólo hay discriminación cuando ésta está calificada por la ilegalidad, y que la renuncia del trabajador no es nula en este caso. Para poder llegar a un análisis convincente de tales criterios consideramos necesaria una labor conceptual previa tendente a determinar que sea una práctica discriminatoria, labor que emprendemos a continuación.

Sobre las medidas discriminatorias, el artículo 6.º, 1.º, del Decreto de 2 de junio de 1966 dice que los cargos sindicales pueden denunciar «los actos u omisiones realizados por sus empresarios respectivos, que impidan o puedan dificultar el normal y libre ejercicio de las funciones propias del cargo que ostenten, así como las que impliquen la adopción o puesta en práctica de medidas discriminatorias en perjuicio de sus intereses o derechos laborales dentro de la Empresa». En este precepto se garantiza al

(8) Del Decreto de 2 de junio de 1966.

cargo sindical una defensa contra las obstrucciones y contra los actos discriminatorios (9): se especifica claramente qué es una obstrucción —actos u omisiones realizados por sus empresarios respectivos, que impidan o puedan dificultar el normal y libre ejercicio de las funciones propias del cargo que ostenten— y se dice contra qué tipo de medidas discriminatorias está protegido el enlace sindical —las que vayan «en perjuicio de sus intereses o derechos laborales dentro de la Empresa». El trabajador está, según esto, protegido de todo tipo de obstrucciones y de unos determinados supuestos de medidas discriminatorias. No se propone en el texto legal un concepto de medida discriminatoria sino que se protege de las mismas cuando afectan a una materia determinada.

En principio, parece que el trabajador tendrá protección frente a las medidas discriminatorias sólo cuando éstas afecten a sus intereses y derechos laborales, pero no cuando dificulten el ejercicio del cargo. Esta conclusión es errónea. Cuando el trabajador sea objeto de una práctica discriminatoria que le impida desempeñar su función, estará protegido de ella en cuanto que es objeto de una obstrucción. Una obstrucción discriminatoria, pero obstrucción al fin. El primer inciso del artículo 6.º citado considerará denunciable todo acto que vaya en contra del libre ejercicio de la función, sea este acto discriminatorio o no lo sea.

El trabajador representante sindical está, pues, según el artículo 6.º citado, protegido contra toda discriminación que le resulte lesiva, ya sea porque impida o dificulte el ejercicio de la función, ya sea porque vaya en perjuicio de sus intereses o derechos laborales. Y puesto que el texto legal no nos facilita una definición de discriminación, hemos de suponer que con este término se hace referencia a toda *distinción o diferenciación* de qué sea objeto el enlace o cargo sindical con respecto a sus compañeros, sean éstos cargos sindicales o no (10).

Según lo dicho hasta ahora, el único tipo de discriminación contra el que no se proporcionan medios de defensa es la discriminación favorable al enlace, siempre que no sea perjudicial para otros. Y, por supuesto, el texto legal no exige que para denunciar una práctica discriminatoria ésta haya de consistir en una violación de una norma legal o que se pueda configurar como un abuso de derecho. Para el Decreto de 2 de junio de 1966 lo que es ilícito es discriminar perjudicando, aunque para efectuar esa discriminación se utilice un medio legalmente reconocido.

Tal configuración de las medidas discriminatorias y de la protección contra los mismos no ha sufrido alteraciones notables con la entrada en vigor del Decreto de 28 de julio de 1971, en cuyo artículo 8.º se establecen los cauces de defensa para «quienes sean objeto de cualquier clase de discriminación o represalia, consistentes en actos u omisiones realizados por el empresario u otra persona en su nombre que impidan o dificulten el normal y libre ejercicio de las funciones propias del cargo sindical o perjudiquen sus intereses o derechos laborales dentro de la Empresa». Se emplea una re-

(9) Sobre la distinción entre obstrucción y discriminación, MONTROYA MELGAR: *La representación sindical en la Empresa*, Sevilla, 1968, págs. 146-147.

(10) Según CASARES: *Diccionario ideológico de la lengua española*, Gustavo Gili, Barcelona, 1971; discriminar significa «distinguir, diferenciar una cosa de otra» (página 300).

dación nueva en este artículo en comparación con la redacción del artículo 6.º del Decreto anteriormente vigente. Esta nueva redacción, con la que quizá se persiguiera una ampliación de las garantías que se ofrecían al trabajador, lo único que consigue es proporcionar un concepto o definición de discriminación totalmente incorrecto. La discriminación no consiste, como dice el Decreto, en actos u omisiones que perjudiquen al cargo sindical en uno u otro aspecto. Hay discriminaciones que pueden producir esos efectos, pero hay también otro tipo de actos, no discriminatorios, que pueden producir las mismas consecuencias. Por otra parte, se puede pensar en prácticas discriminatorias que sean beneficiosas para el enlace y que se ponen en práctica y se autorizan precisamente por el hecho de que se posea tal condición; prácticas éstas que incluso están establecidas y ordenadas por la ley, como es el caso del derecho que se reconoce a los enlaces sindicales a ser los últimos afectados por una serie de medidas, tales como suspensiones, despidos y ceses causados por reducción de personal, de jornada, etc. (artículo 9.º del Decreto de 2 de junio de 1966 y artículo 9.º del Decreto de 23 de julio de 1971).

Resumiendo, en nuestro Derecho el trabajador representante sindical está protegido contra toda discriminación que dificulte su función o atente contra sus derechos. Y está protegido contra ese tipo de discriminación sea cual sea el motivo por el que se discrimine y sea cual sea el medio que se emplee para discriminar. Al no determinarse nada en la norma, hemos de entender que tan ilícita es la discriminación si se basa en motivos de enemistad personal como si se realiza por motivos políticos, religiosos o ideológicos de cualquier tipo. Y es ilícita, asimismo, sea cual sea el medio a través del que se realice: se discrimina tanto si se incumple una obligación como si se ejerce un derecho; lo mismo si se ejecuta una acción que si se permanece en actitud pasiva. Lo que está prohibido es poner en práctica una medida discriminatoria perjudicial para el trabajador. En cuanto esta condición se dé, toda discriminación es ilícita. La única medida discriminatoria permitida es la discriminación beneficiosa.

4. Podemos entrar ahora a discutir sobre el acierto o no de los criterios utilizados en las sentencias que nos movieron a este comentario.

Si se acepta todo lo que acabamos de decir sobre el concepto de medida discriminatoria, es evidente que la sentencia de 14 de enero de 1972 sigue una doctrina totalmente errónea. No se dice nada si se afirma la inexistencia de discriminación porque se esté ejerciendo un derecho. Lo único que se puede afirmar es que la medida discriminatoria actuada utiliza unos medios o vías legales para ser puesta en práctica. Pero no es esa la cuestión. La cuestión es si esa medida discriminatoria ha resultado lesiva o perjudicial para el representante sindical. Si es así, será ilícita; si no, será conforme a derecho. La pregunta a hacerse ante un supuesto de este tipo no es la de si existe o no discriminación, sino la de si en el supuesto de que exista discriminación, *que existe siempre que hay desigualdad en el trato*, esa discriminación será lícita o no si es beneficiosa o perjudicial para el representante sindical.

Y en este caso entendemos que existe una medida discriminatoria que dificulta el normal ejercicio de la función, y ello por las siguientes razones:

— En primer lugar, porque resulta que se exige del enlace una petición previa y por escrito solicitando permiso para ausentarse. Esta exigencia es totalmente ilegal, ya que a lo que el empresario tiene derecho es a que se le comunique previamente que la ausencia va a producirse, pero sin tener que requerir su autorización para ausentarse. En cuanto que es una exigencia que no se presenta a los demás enlaces es una medida discriminatoria, y en cuanto que se impone un nuevo requisito para poder ejercer los derechos que se derivan del cargo (o desde otro punto de vista, puesto que se ponen dificultades al ejercicio de la función) es una medida discriminatoria que reúne las características de las penadas como ilícitas en el artículo 6.º del Decreto de 2 de junio de 1966 (11).

— Pero, por otra parte, aunque no se exigiera la petición previa de permiso, aunque sólo se exigiera del enlace sindical que justificara la asistencia al acto una vez finalizado éste, siempre que esta exigencia no se hiciera extensiva a todos los representantes sindicales de la Empresa que hubieran asistido a tal acto, nos encontraríamos ante una medida discriminatoria. Y entendemos que es una medida discriminatoria lesiva para el cargo sindical porque, aunque el empleador tenga un derecho reconocido para ello, la exigencia de justificación de la asistencia supone siempre un requisito a cumplir y, como tal, una dificultad con que se encuentra el enlace sindical en el ejercicio del cargo. Será una dificultad legalmente reconocida, pero siempre una dificultad. Ahora bien, lo que no es legal es que el empresario decida exigir este requisito a unos sí y a otros no, por muy de libre aplicación que sea el ejercicio de este derecho, ya que actuando así se pone en práctica una medida discriminatoria, y es una medida discriminatoria de la que se deriva una dificultad para el ejercicio de la función. Lo que es ilícito es, como hemos dicho antes, discriminar en perjuicio o, lo que es lo mismo, perjudicar discriminando.

Por todo ello pensamos que la doctrina sentada por el Tribunal Central de Trabajo en esta sentencia es totalmente errónea.

En cuanto a la sentencia de 4 de febrero de 1972 tampoco estamos de acuerdo con las conclusiones a las que se llegan en la misma. Se niega en ella la existencia de medidas discriminatorias en base a que, previamente, el trabajador renunció a las dere-

(11) Hay que decir que empleamos el Decreto de 2 de junio de 1966 para medir la justeza de las soluciones adoptadas por el Tribunal Central de Trabajo porque era esta la normativa aplicable a los supuestos en examen. Por otra parte, como ya tenemos ocasión de decir en el texto, la aparición del Decreto de 23 de julio de 1971 no ha supuesto variaciones importantes en esta materia. Tan sólo se ha modificado algo la redacción, y esto desgraciadamente.

actos que le correspondían. El trabajador, se dice, no puede ir contra sus propios actos reclamando un derecho al que renunció expresamente.

Por lo que respecta a la renuncia del trabajador, ésta es radicalmente nula. El artículo 36 de la ley de Contrato de trabajo no distingue entre derechos renunciables y derechos irrenunciables. No entendemos cómo, si esto es así, el Tribunal Central de Trabajo pasa sobre el problema sin decidir nada al respecto. No es un tema en el que sea necesaria petición de parte para decidir, sino que el Tribunal puede, de oficio, declarar la nulidad de una renuncia (12).

En cuanto al argumento de que el trabajador no puede ir en contra de sus propios actos, no tiene validez alguna en este caso. El principio de que nadie puede ir contra los actos propios no es un principio absoluto, sino que tiene varias excepciones, siendo una de ellas precisamente la que se refiere a los casos de renuncia del trabajador (13). Este es un supuesto de aplicación del principio de Derecho civil de que sí se puede ir contra los propios actos cuando éstos son ilícitos (14), en cuyo caso los actos contra los que se dirige la acción son nulos y, en cuanto tales, no tienen relevancia alguna en el mundo del Derecho. Es como si no hubiesen existido, por lo que es un contrasentido decir que se va contra los propios actos cuando para el Derecho tales actos no existen. Si la renuncia de derechos del trabajador es un acto nulo de pleno derecho, no se puede argumentar que el trabajador va contra un acto que no existe.

Aceptado todo esto, el problema que se presentaba el Tribunal Central de Trabajo quedaba planteado en los términos siguientes:

- El empresario suprime la realización de trabajo en horas extraordinarias para todo el personal, excepto para dos trabajadores.
- El enlace sindical tiene derecho a ser el último afectado por tal reducción. En consecuencia pide que se respete ese derecho.
- La petición del enlace sindical no es satisfecha.

¿Configuran estas circunstancias un supuesto de discriminación perjudicial para el trabajador representante sindical? Evidentemente, sí. La discriminación perjudicial está precisamente en el hecho de que no se respeta la que antes llamábamos discriminación beneficiosa establecida en favor del enlace, de que no se respeta su derecho a ser el último afectado por la reducción de jornada. Al no respetarse su derecho se le está causando un perjuicio en sus intereses y derechos laborales dentro de la Empresa y el Tribunal debió de poner los medios necesarios para evitar que ese perjuicio se diera.

Ahora bien, se llega a esta conclusión utilizando los criterios que emplea el Tribunal Central de Trabajo, para el cual el artículo 9.º del Decreto de 2 de junio de 1966 es aplicable al supuesto en que nos hallamos. En efecto, en la sentencia se afirma

(12) Sobre el ámbito material de la renuncia del trabajador se puede consultar a OJEDA AVILÉS: *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, 1971, págs. 254 y siguientes. En cuanto a la sanción establecida para la renuncia y las facultades del órgano juzgador, véase págs. 265 y sigs.

(13) OJEDA AVILÉS, Op. cit., pág. 274.

(14) OJEDA AVILÉS, Op. cit., págs. 276-277.

expresamente: «No pidiendo por ello el actor su continuación, ni, por tanto, ejerció el derecho que el citado artículo 9.º le concedía...» Según esto, para el órgano juzgador, el enlace tiene un derecho a ser el último afectado en caso de supresión de horas extraordinarias.

A nuestro modo ver es esta una opinión errónea. El artículo 9,1 del Decreto de 2 de junio de 1966 dice textualmente: «En todos los casos en que, a consecuencia de cesación de actividades laborales, suspensión de las mismas, reducciones de jornada o del número de días de trabajo, terminación de obra y cualesquiera otros de análoga naturaleza, se produzcan suspensiones, despidos o ceses, éstas medidas afectarán siempre en un último lugar (...) a los trabajadores que ostenten cargos electivos de origen sindical...» (15). De donde se deduce claramente que el trabajador representante sindical tiene derecho a ser el último afectado en caso de que se produzcan suspensiones, despidos o ceses, cuyo origen sea alguna de las circunstancias que se enumeran (cesación de actividades, reducción de jornada, etc.). Pero en este caso no se produce ni suspensión de relaciones de trabajo ni despido, ni cese, por lo que no se puede estimar aplicable tal artículo 9.º (16).

Por otra parte, sería enormemente discutible la inclusión de la supresión de horas extraordinarias dentro de lo que el artículo 9.º llama reducción de la jornada. A nuestro entender con esta expresión se está haciendo alusión a la jornada legal, no a la jornada efectivamente realizada, en la cual se incluirían las horas extraordinarias. No se puede pensar en la existencia de un derecho a la realización de horas extraordinarias ya que éstas no son sino un beneficio muy relativo para el trabajador.

Por todo ello, estimamos que en la sentencia últimamente examinada se presenta una doble incorrección: la primera, por cuanto en base a los criterios que utiliza llega a conclusiones equivocadas; la segunda, porque esos criterios son, en sí mismos, erróneos.

En realidad, y puesto que en este caso no se puede estimar como aplicable el artículo 9.º del Decreto de 2 de junio de 1966, no se puede decir que haya discriminación por parte de la Empresa. Sólo se podría estimar la existencia de una medida discriminatoria en el supuesto de que el enlace fuese el único afectado por la supresión del trabajo extraordinario, y que lo fuese precisamente por su condición de enlace.—JOSÉ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN.

(Ha sido preparada esta Sección jurisprudencial por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.)

(15) El subrayado es nuestro.

(16) Así interpretada, esta disposición concuerda perfectamente con lo establecido en el artículo 15 del Decreto de 2 de noviembre de 1972, donde se afirma que «los trabajadores que ostenten cargos electivos de origen sindical tendrán preferencia para continuar al servicio de la Empresa».