

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

### CONFLICTOS COLECTIVOS

*Infracción de deberes laborales. Requerimiento a la normalidad. Paros de solidaridad. Principio de igualdad de trato. Rendimiento normal*

Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 10 de abril de 1971 (J. S., número 46, 155-T. C. T.-71), 5 de marzo de 1971 (J. S., núm. 46, 153-T. C. T.-71), 12 de marzo de 1971 (J. S., núm. 46, 151-T. C. T.-71), 23 de marzo de 1971 (J. S., núm. 46, 151-T. C. T.-71), 12 de febrero de 1971 (J. S., número 45, 46-T. C. T.-71), 3 de febrero de 1971 (J. S., núm. 45, 53-T. C. T.-71) y 6 de febrero de 1971 (J. S., núm. 45, 57-T. C. T.-71).

El repertorio «Jurisprudencia Social», ha decidido, con buen criterio, insertar en sus dos últimas entregas (45 y 46) varias sentencias del Tribunal Central de Trabajo, en las que se aborda el tratamiento jurídico de los Conflictos colectivos tras la derogación del Decreto de 20 de septiembre de 1962 por el Decreto de conflictos colectivos de trabajo de 22 de mayo de 1970. En este estudio vamos a analizarlas con arreglo al siguiente esquema de exposición:

1. Descripción de los supuestos de hecho sometidos a la consideración del Tribunal Central, con indicación de las variantes significativas que aparecen en los mismos.
2. Presentación y sistematización de las líneas doctrinales que esbozan o marcan las citadas sentencias.
3. Breve comentario de estas líneas doctrinales, señalando, en su caso, otras alternativas de interpretación que se estiman abiertas en el ordenamiento español vigente.

1. Las sentencias de 10 de abril y 5 de marzo de 1971 recaen sobre supuestos de hecho que tienen como denominador común la participación en paros de apoyo a reivindicaciones laborales que dieron ocasión al despido de los trabajadores recurrentes. El T. C. T. considera procedentes dichos despidos, no en base al artículo 5.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962 (participación en conflicto como causa específica

de despido), que se estima derogado, sino en base al artículo 77 b) de la ley de Contrato de trabajo, que considera como causa justa de despido «la indisciplina o desobediencia de los Reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las leyes». Las diferencias entre una y otra situación de conflicto son, sin embargo, bastante acusadas. En la contemplada en la sentencia de 10 de abril de 1971 el recurrente es un trabajador de la construcción que se sumó a una huelga del sector, sin que conste que tuviera una participación destacada en la misma, en los días 7 a 14 de septiembre de 1970, con una interrupción de prestación normal de servicios el día 10; había mediado un «requerimiento a la normalidad» en el tablón de anuncios de la Empresa, advirtiendo *«a los trabajadores en paro que la ausencia, o su equivalente mera presencia inactiva, determinaba falta muy grave que podía ser sancionada con el despido»*. En la situación de conflicto contemplada en la sentencia del T. C. T. de 5 de marzo de 1971, el supuesto es más complejo: no hay uno sino varios trabajadores recurrentes, del sector siderometalúrgico, que, con alguna excepción, iniciaron un paro voluntario el 14 de septiembre de 1970; el día 21 del mismo mes y año participaron en otro paro de escasas horas (de nueve a una y media de la mañana, especifica la sentencia); y días más tarde, el 26 de septiembre, formaron en *«un grupo que recorrió la fábrica incitando al resto del personal obrero a que cesase en el trabajo, habiendo de requerir la Empresa la intervención de la fuerza pública en evitación de incidentes entre los antedichos trabajadores y los que no se mostraron propicios a secundarles»*; no consta, y parece muy improbable por la intermitencia y la brevedad de las acciones conflictivas, que se hubiera producido un «requerimiento a la normalidad» por parte de la autoridad laboral.

Las sentencias de 12 y 23 de marzo de 1971, y 12 y 13 de febrero del mismo año resuelven, todas, recursos acumulados de varios trabajadores despedidos por participación en paros de solidaridad con compañeros sancionados. Todos los despidos son declarados procedentes por el T. C. T. en base a la causa especificada en el artículo 77 b) de la L. C. T. Las variantes significativas de los supuestos son las siguientes: 1) En el caso contemplado en la sentencia de 12 de marzo de 1971 el paro se había prolongado «pese al requerimiento de la Delegación Provincial del Trabajo». 2) En los supuestos de las sentencias de 23 de marzo y 12 de febrero de 1971 consta expresamente que el paro había afectado a la totalidad (o casi) de la plantilla, y el despido había recaído sólo sobre un número reducido de trabajadores, sin que se indique que se hubieran distinguido en la situación de conflicto. 3) En el supuesto de la sentencia de 3 de febrero de 1971 sólo se habían producido, al parecer, dos paros de muy breve duración (una y cuatro horas, respectivamente), y en la carta de formalización del despido constaba el hecho del paro, pero no su calificación jurídica precisa.

La sentencia de 6 de febrero de 1971 contempla un caso de campaña en una Empresa de disminución de rendimiento desde el nivel «óptimo» al «correcto», para presionar las deliberaciones de un convenio colectivo provincial (el del sector siderometalúrgico de Madrid de 1970). La campaña consigue su propósito, y los trabajadores bajan desde una puntuación muy próxima a la máxima (133) a una puntuación de 113, superior a la correcta (112,5), durante catorce días aproximadamente. La Empresa reaccionó sancionando con el despido a varios trabajadores, y el T. C. T. confirmó la

sentencia de instancia en la que se declaraban procedentes dichos despidos. El caso presentaba, además, una importante complicación de «cosa juzgada»: la existencia de una sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 4 de octubre de 1968, en la que se había corregido la interpretación administrativa del convenio colectivo que establecía la susodicha tabla de rendimientos en el sentido de que no se puede exigir a los trabajadores «una actividad mayor que la correcta», ni considerar que el no llegar a la puntuación que antes del convenio se viniera consiguiendo de ordinario pueda significar un deliberado y doloso propósito de disminución de rendimiento.

2. Las sentencias que estamos comentando presentan unas coincidencias de planteamiento doctrinal tan notables que los matices diferenciales entre las mismas sólo aparecen en la mayor o menor categoricidad de sus afirmaciones. Los puntos que merecen ser resaltados de esta compacta corriente de opinión jurisdiccional son los siguientes: la aplicabilidad a los «paros voluntarios» del artículo 77 de la L. C. T., especialmente de su párrafo b) (2.1.); el tratamiento indeciso del «requerimiento a la normalidad» (2.2); la naturaleza y las consecuencias jurídicas del «paro de solidaridad» (2.3.); la inoperancia del principio de igualdad de trato (2.4.); la definición del «rendimiento normal» y su conexión con los deberes de lealtad y colaboración (2.5.).

2.1. Todas las sentencias referenciadas (excepto la de 6 de marzo de 1971, por la fecha de acaecimiento del supuesto de hecho) parten explícita o implícitamente de que el artículo 5.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962 fue derogado por el Decreto de 22 de mayo de 1970, y de que, por consiguiente, la participación en un conflicto colectivo ilegal no constituye una causa específica de despido. Esta doctrina supone una opción interpretativa en un dilema de alguna dificultad. En efecto, el Decreto de 22 de mayo de 1970 establecía claramente en su artículo 17 la derogación completa del Decreto de 20 de septiembre de 1962; pero el artículo 103 de la ley de Procedimiento laboral se había referido al «despido motivado por participación del trabajador en un conflicto colectivo con inobservancia de las normas legales vigentes». ¿Había sido inmunizada esta causa específica de despido de los efectos derogatorios del Decreto de 1970 por dicha mención en norma adjetiva de superior rango? Esta es justamente la vía interpretativa que descarta el T. C. T.

Ahora bien, la desaparición de la participación en conflicto como causa específica de despido no supone para el T. C. T. una patente de licitud para cualesquiera situaciones de conflicto o acciones conflictivas. Posiblemente la sentencia que aborda más en profundidad este tema es la de 10 de abril de 1971. Su línea argumental es la siguiente: las huelgas o paros voluntarios y cualesquiera otras formas de «acción directa» han perdido un encuadramiento jurídico-laboral preciso; pero esta pérdida de calificación *ad hoc* no implica que dejen de ser incumplimientos contractuales; como tales han de ser analizados valorando, para medir su gravedad, las circunstancias de cada caso: «las diversas situaciones permiten el adecuado encaje en otras normas sancionadoras»; esta ponderación *in concreto* puede llevar al juez a la conclusión de que el comportamiento del trabajador ha incidido en una u otra de las causas de incum-

plimiento grave señaladas en el artículo 77 de la L. C. T. como justificación suficiente de un despido.

Como consecuencia lógica de este planteamiento, los «considerandos» de las sentencias comentadas se preocupan de enfocar los supuestos de hecho bajo el prisma del incumplimiento de los deberes contractuales del trabajador; desde esta perspectiva los paros voluntarios aparecen como quebrantamientos cumulativos de los deberes de diligencia y colaboración (art. 60), y del deber de obediencia (art. 69; eventualmente, artículo 64), y la disminución de rendimiento como infracción del propio artículo 60 (todas estas citas, de la L. C. T.). Sin embargo, a la hora de visualizar estos incumplimientos como base de sanciones y despidos disciplinarios hay una preferencia casi exclusiva por la causa de despido expresada en el artículo 77 b) de la L. C. T. (indisciplina y desobediencia). Todas las sentencias justifican únicamente la procedencia del despido en esta causa, con la excepción lógica de la sentencia de 6 de febrero de 1971 sobre disminución de rendimiento, en la que, junto a la causa del 77 b), aparecen «la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo» (artículo 77 f), y la «deslealtad» (art. 77 e). Veremos más adelante si esta reconducción sistemática a la desobediencia e indisciplina de la participación del trabajador en acciones conflictivas es o no la opción interpretativa más adecuada.

2.2. La doctrina del T. C. T. sobre las consecuencias jurídicas del «requerimiento a la normalidad» no está perfectamente perfilada en ninguna de las dos sentencias que se refieren al tema entre las señaladas arriba. En la sentencia de 10 de abril de 1971, se dice: «... actitud de paro que mantuvieron *a pesar de haberse colocado en el tablón de anuncios del centro de trabajo copia de la nota publicada por la Delegación Provincial de Trabajo*»; pero el fallo se basa únicamente en que «el recurrente quebrantó el deber que le imponen los artículos 60, 64 y 69 de la ley de Contrato de trabajo». En la sentencia de 12 de marzo de 1971, siguiendo una construcción argumental muy similar, se lee: «... adoptaron una actitud de rebeldía cesando en la actividad laboral, en la que persistieron *pese al requerimiento de la Delegación Provincial de Trabajo, paro que determinó el quebrantamiento de los deberes que a todo trabajador imponen los artículos 60 y 69 de la ley de Contrato de trabajo...*». De estos pasajes se desprende inequívocamente que lo decisivo para la procedencia de los despidos son los incumplimientos contractuales y no la desatención al «requerimiento a la normalidad». Pero no queda claro si tal desatención es una circunstancia de agravación objetiva del incumplimiento contractual, o, simplemente, un factor que, sin afectar a su tipificación y a su graduación, incide en los elementos subjetivos de la falta laboral, cerrando la vía a una excusa de ignorancia de su naturaleza y de sus consecuencias. Afinando el análisis semántico quizá pudiera afirmarse que la sentencia de 10 de abril de 1971 se inclina implícitamente por este segundo camino, habida cuenta de que habla del «requerimiento a la normalidad» como acto de advertencia («... se ponía en conocimiento de los trabajadores en paro...»), y no como invitación formal a la vuelta al trabajo. Pero esto, evidentemente, no es bastante para considerar dilucidada la cuestión en

sede doctrinal. Tanto más cuanto que la expresión mencionada probablemente está redactada así a causa de que reproduce en sus propios términos la nota de la Delegación de Trabajo a la que se refiere.

2.3. En cuanto al paro de solidaridad frente al propio empresario por la sanción a un compañero de trabajo las líneas doctrinales del T. C. T. parecen trazadas con mayor firmeza. La ilicitud de esta forma de protesta se apoya fundamentalmente en el argumento de la «indisciplina»: los trabajadores adoptaron *una actitud de rebeldía* (sentencia de 12 de marzo de 1971); «*conducta indisciplinada cooperando voluntariamente a la creación de un conflicto...*» que incide *sin duda* en el artículo 77, b) de la L. C. T. (sentencia de 12 de febrero de 1971). Avanzando un paso más en la explicación, la sentencia de 12 de marzo de 1971 apela para justificar dicha calificación a la idea de conducta coactiva: «... indudable finalidad de *coaccionar* a la dirección de la Empresa...»; «... *protesta que, por ser colectiva, tenía, como antes se dijo, carácter coactivo...*»; «... si el operario inicialmente sancionado estimaba que la sanción impuesta era excesiva, debió utilizar los medios que la ley pone a su alcance, en defensa de su eventual derecho, estando vedado a los actores y demás integrantes del grupo en paro, recurrir a éste para erigirse en defensores de aquél, y *coaccionar a la Empresa* para que dejara sin efecto la medida disciplinaria...»; no es lícito, pues, concluye la propia sentencia, zanjando jurídicamente el posible conflicto de lealtades que a un trabajador se presenta en este tipo de casos, «anteponer al cumplimiento de los deberes laborales la solidaridad con un compañero sancionado».

La naturaleza jurídica del conflicto de solidaridad está tratada únicamente en la sentencia de 12 de febrero de 1971: el conflicto de solidaridad *rebasa los límites señalados para su calificación de laboral*, habida cuenta de que este último se caracteriza porque en él «se postulan mejoras de las condiciones de trabajo o se ventilan intereses en pugna»; la conclusión que se extrae de estos planteamientos es que no son utilizables para el conflicto de solidaridad los cauces del Decreto de 22 de mayo de 1970. A la vista de las fuentes de que se dispone, esta doctrina no parece haber encontrado eco en decisiones posteriores de casos similares. Las sentencias de 12 y 23 de marzo de 1971 guardan un completo silencio sobre el particular. Por otra parte, como se recordará, en la sentencia de 12 de marzo de 1971 se contiene una alusión al «requerimiento a la normalidad» —técnica, no se olvide, regulada por primera vez en el Decreto de 22 de mayo de 1970—, que supone una utilización de tal Decreto en este tipo de conflictos.

2.4. Otro de los núcleos de argumentación de las sentencias sobre conflictos de solidaridad (especialmente, las de 12 y 23 de marzo de 1971) está constituido por la operatividad o no en las relaciones laborales del principio de igualdad de trato. La postura al respecto del T. C. T. es terminantemente negativa: *No existe precepto legal alguno que imponga al empresario la obligación de tomar idénticas medidas con todos los trabajadores*; en consecuencia, el empresario puede *ejercitar su facultad disciplinaria agravando, atenuando o perdonando... teniendo en cuenta circunstancias personales o especiales que en cada uno de ellos concurren* (ambas citas de la sentencia de 23 de marzo de 1971); y, encuadrando estas afirmaciones en un discurso jurídico-positivo:

*La ley no obliga a tomar idénticas medidas sancionadoras respecto de todos y cada uno de los trabajadores, pues el artículo 76, 8.º de la ley de Contrato de trabajo otorga una facultad sin imponer su ejercicio a la Empresa, quedando a la apreciación del órgano jurisdiccional si hubo o no exceso en su utilización* (sentencia de 12 de febrero de 1971).

En definitiva, las líneas doctrinales del T. C. T. en este punto pueden reducirse a las tres siguientes: 1) En orden al principio de igualdad de trato no existe laguna legal que haya de ser cubierta con los mandatos normativos de la costumbre o de los principios generales del Derecho (por una u otra vía, especialmente por la última, sería preceptivo el trato igual de los trabajadores). 2) El ejercicio de la facultad de despido no sufre ninguna interferencia por el hecho de que en la causa de despido haya incurrido colectivamente un grupo de trabajadores; con otras palabras: para el T. C. T. no tiene entidad jurídica el despido disciplinario colectivo. 3) La facultad de despido es plenamente discrecional; el control jurisdiccional sobre su ejercicio afecta únicamente al «exceso en su utilización», esto es, al caso en que no exista un comportamiento del trabajador que constituya causa suficiente para el mismo; no se pueden reconocer otras limitaciones.

2.5. Por muchas razones la sentencia de 6 de febrero de 1971 ocupa un puesto muy especial en el conjunto de sentencias del T. C. T. que estamos considerando. En primer lugar, porque los hechos a que se refiere ocurrieron antes de la promulgación del vigente Decreto de conflictos colectivos; a pesar de lo cual, y por eso la hemos incluido en este comentario, la sentencia, aun reconociendo la aplicabilidad del Decreto de 20 de septiembre de 1962, discurre en la órbita argumental de indagación de incumplimientos contractuales «genéricos» propia de pronunciamientos posteriores. La peculiaridad de esta sentencia se encuentra, además, en la incidencia del problema de «cosa juzgada» a que nos referíamos anteriormente, que, aunque resuelta en el sentido de no reconocer efecto de «cosa juzgada» a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.ª, d 4 de octubre de 1968, condiciona decisivamente toda la argumentación del T. C. T. El interés de esta sentencia radica, también, en las indicaciones que hace sobre conceptos tan difíciles de definir como el de «rendimiento normal», y el de «disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal». En este comentario vamos a dejar a un lado la cuestión de la «cosa juzgada» (sobre el tema ver el comentario de J. A. Sagardoy en el número 3 de los Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de Valencia), que nos llevaría a una temática procesal que no es nuestra intención abordar ahora, y nos vamos a concentrar en los otros dos puntos.

La sentencia de 6 de febrero de 1971, en línea con pronunciamientos anteriores del propio T. C. T. (sentencia de 27 de enero de 1970), y de la Sala 6.ª del Tribunal Supremo (sentencia de 22 de octubre de 1966), define el rendimiento normal como *el que se viene obteniendo ordinaria y continuadamente, sirviendo de norma o tipo en iguales circunstancias*; o, más explícitamente como *el que de modo ordinario se alcanza en precedentes periodos de tiempo e idénticas condiciones de trabajo*. Por consiguiente, en términos resumidos, «rendimiento normal» equivale a «rendimiento ordinario habitual». Pero a la hora de precisar estas características de «ordinariedad» y «habitualidad» la argumentación de la sentencia de 6 de febrero de 1971 pierde visiblemente nitidez y coherencia. La «ordinariedad» parece remitir a la idea de «esfuerzo ordinario», que excluye tanto el

mayor esfuerzo para superar el rendimiento normal (cualquiera que sea su motivación), como el esfuerzo desproporcionado con la compensación económica (ambas citas de la propia sentencia de 6 de febrero de 1971, aceptando aparentemente la doctrina de la S. T. S., 4.<sup>a</sup>, de 4 de octubre de 1968); pero en otro pasaje la «ordinariedad» se confunde con la «habitualidad»: *Una vez que durante tan dilatado lapso de tiempo el rendimiento estuvo regularizado en los términos antedichos... no puede racionalmente entenderse que la mencionada resolución (la citada S. T. S., 4.<sup>a</sup>, de 4 de octubre de 1968) respaldaba a los trabajadores, a modo de patente de corso, para mermar tan marcadamente el rendimiento que venían obteniendo ya ordinariamente...*. En definitiva, es esta segunda versión la que prevalece en la sentencia, que, en su *ratio decidendi* no se cuestiona si los trabajadores habían llegado a la puntuación de 128 a 133 mediante la aplicación de un «sobreesfuerzo», sino que le basta con saber que esta puntuación se venía obteniendo con regularidad en los últimos años para calificar el descenso a la puntuación 113 como «disminución del rendimiento normal». Sólo desde esta perspectiva se comprende que el T. C. T. no tenga en cuenta un dato —la calificación de «correcto» de un rendimiento de 112,5 puntos— situado evidentemente en la óptima de la productividad obtenida mediante la aplicación del esfuerzo ordinario. En cuanto a la «habitualidad» la vacilación del T. C. T. se encuentra en el criterio de medida de la misma. Las opciones teóricas en este punto son dos, jurídicamente excluyentes entre sí: o se utiliza un baremo colectivo de rendimiento habitual (lo que vienen rindiendo los trabajadores del mismo grupo profesional), o se utiliza un baremo individual (lo que cada trabajador viene rindiendo). En las fórmulas definitorias del «rendimiento normal» la sentencia parece inclinarse por el baremo colectivo (utilización del sujeto indefinido «se»); pero en otros pasajes de los considerados se reproduce el confuso artículo 60 de la L. C. T., en el que la «medida de la diligencia estará determinada por la especialidad habitual del trabajo y por las facultades y peculiaridades del trabajador, que debe conocer el empresario»; lo que apunta, ciertamente, a una valoración individual de la habitualidad en el rendimiento.

El núcleo de la definición de la causa de despido del apartado f) del artículo 77 de la L. C. T. es, sin duda, el concepto de rendimiento normal. Pero también plantea problemas interpretativos el requisito de «continuidad» de la disminución de dicho rendimiento. El tema está aludido pero no suficientemente tratado en la sentencia del T. C. T. que estamos analizando; ante la alegación de la defensa de los trabajadores de que la disminución de rendimiento no estaba claro que se hubiera prolongado suficiente tiempo se contesta así: *...estimando que quince días escasos no es bastante, en singular apreciación que decae por su futilidad, más aún si se relaciona con la causa que determinó la notable baja en la puntuación*. La doctrina que parece esbozarse aquí puede resumirse en dos afirmaciones: 1) Que la duración de la disminución voluntaria de rendimiento suficiente para el despido puede variar según el móvil de dicha disminución; y 2) Que, en todo caso, una disminución colectiva de «quince días escasos» de duración para presionar en la negociación de un convenio colectivo cumple sobradamente este requisito de «continuidad».

Pero la argumentación de la sentencia de 6 de febrero de 1971 sobre la disminución de rendimiento para presionar en la negociación de un convenio no termina aquí. Además de en la causa f) del artículo 77, el T. C. T. considera que este comportamiento in-

curre en las causas b) (indisciplina), y c) (deslealtad) de este mismo artículo. Para llegar a esta conclusión se expone en primer lugar un argumento «a contrario: *La estimación contraria conduciría a la inadmisibile conclusión de que aquéllos rebajaran su actividad a la correcta cuantas veces les placiere*, con o sin motivo, esgrimiendo —como expresa una de las octavillas repartidas— «un arma de presión fabulosa de cara a otros conflictos» que llevaría a un caos en el funcionamiento y desarrollo de la Empresa, con repercusiones en los índices de producción, stocks, cálculos de mercado, etc., que en este aspecto quedarían a merced de los trabajadores cuyo deber primordial es la diligencia en el trabajo, la colaboración en la buena marcha de la producción...». El segundo argumento está más próximo a los términos textuales de la descripción de supuestos de hecho en las normas señaladas: «... al presente se ofrece la disminución brusca, continuada y voluntaria del rendimiento obteniendo durante mucho tiempo después... con el deliberado propósito de oponerse al incremento de la producción y presionar así aumentos salariales. Lo que denota la presencia de un elemento malicioso con las características de deslealtad... en vez de formular sus aspiraciones previamente a la Empresa, o bien a través del Jurado, o en su defecto de los enlaces o del propio Sindicato». Se advertirá, por último, que en esta argumentación hay una mención expresa de la causa «deslealtad», pero ninguna referencia a la causa «indisciplina», quizá porque el T. C. T. estima superfluo afirmar su existencia en una conducta colectiva de disminución de rendimiento.

3. Por razones bien conocidas, el derecho de los conflictos colectivos es en España, como en muchos otros países, un derecho legislativamente raquítico, en el que, correlativamente, cuentan de una manera más decisiva que en otras ramas, las elaboraciones jurisdiccionales. De ahí la importancia del panorama doctrinal descrito en el epígrafe anterior, abundante en puntualizaciones sobre un conjunto normativo cuya elasticidad de interpretación, debido a su escaso volumen, es excepcionalmente amplia. Sobre este panorama doctrinal pueden montarse, evidentemente, cuando menos, dos tipos de análisis jurídicos: el primero sería un análisis crítico del modelo normativo de «relaciones laborales» del ordenamiento jurídico español; este tipo de análisis, que necesitaría estar enriquecido con las aportaciones de la teoría sociológica del conflicto social, desembocaría por nuestra parte en una propuesta *de lege ferenda* postulando que el conflicto colectivo de trabajo tuviera un cauce más amplio para discurrir, y recibiera una institucionalización más realista. Pero cabe un segundo planteamiento, y éste es el que parece más adecuado en un comentario de decisiones jurisdiccionales, en el que se adopte una perspectiva *no de lege ferenda*, sino *de sententia ferenda*; esto es, en el que la ambición del propósito se reduzca a un servicio a la práctica más inmediata, que no va a vivir seguramente un hipotético cambio normativo. Así, pues, lo que pretendemos en los desarrollos ulteriores, dicho brevemente, es indicar cuáles son las opciones interpretativas del T. C. T. que nos parecen acertadas, y cuáles merecen una reconsideración, y, en su caso, un cambio de rumbo que apunte a otras alternativas de interpretación dentro del marco normativo establecido.

3.1. La opción interpretativa de la derogación del artículo 5.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962 parece la más ajustada a los datos normativos sobre los que ha de



discurrir en este punto el trabajo jurisdiccional. Basta recordar al efecto, utilizando un canon de interpretación histórica, que el actual art. 103 de la L. P. L. tiene su origen en el T. R. P. L. de 1963, y que la única finalidad de esta edición (de legitimidad muy discutible, por cierto) de dicho texto refundido fue incorporar las repercusiones procesales de las innovaciones normativas de dicho Decreto. Si este Decreto fue derogado en su totalidad, de una manera expresa, por el Decreto de conflictos colectivos de 1970, parece claro que la referencia genérica en la vigente L. P. L. al despido por participación en conflicto no puede servir de base para considerar a ésta como causa específica de despido.

El siguiente eslabón de la doctrina del T. C. T. sobre este tema es la consideración de la huelga como incumplimiento contractual. Tampoco aquí era pensable otra opción interpretativa a la vista de la reiterada jurisprudencia que considera a la huelga como ilícito civil. Nada hay que objetar, por tanto, en sede de interpretación, a la afirmación doctrinal de la que parten, más o menos explícitamente, las sentencias comentadas: que la conducta de huelga es sancionable como falta laboral, ponderando *in concreto* las circunstancias de cada caso.

Donde se imponían, en cambio, mayores matizaciones y distinciones era, justamente, en la precisión del tipo de incumplimiento contractual en el que se traduce cada concreto comportamiento huelguístico; punto en el que, como se recordará, el T. C. T. se inclina por una reconducción generalizada a la causa b) del artículo 77 de la L. C. T. («indisciplina»). De entrada, esta solución simplista constituye una evidente contradicción práctica del principio de ponderación casuística de cada conducta de huelga, explícito, sobre todo, en la sentencia de 10 de abril de 1971. Pero la fragilidad de esta doctrina se manifiesta especialmente en dos puntos en los que vamos a detenernos un poco a continuación: que no toda conducta de huelga debe entrar en el molde conceptual de la «indisciplina»; y que hay otros incumplimientos laborales tipificados en la propia L. C. T. en los que la conducta de huelga puede encajar con mayor naturalidad.

La doctrina científica ha constatado reiteradamente una cierta inclinación jurisprudencial a considerar la indisciplina como molde genérico en el que pueden incluirse cualesquiera otros incumplimientos contractuales del trabajador. Pero, junto a esta tendencia, ha podido advertirse en otra serie de pronunciamientos el esbozo de un concepto más preciso de indisciplina como comportamiento o actitud que afecta gravemente y de una manera directa al principio de autoridad en la Empresa. Entre una y otra orientación los mejores argumentos están, a nuestro juicio, de parte de la segunda. En efecto, por la primera vía se llega a una inflación del concepto de indisciplina que hace superflua la tipificación de otros incumplimientos contractuales en el artículo 77 de la L. C. T.; y parece claro que una interpretación que conduzca a estos resultados es una interpretación defectuosa. Pero, al lado de este argumento jurídico-positivo, existe en favor de la segunda orientación un argumento de principio: que en las normas jurídicas que delimitan conductas sancionables es siempre preferible, en aras de la seguridad jurídica, una delimitación conceptual precisa frente a una delimitación conceptual difusa, una interpretación específica frente a una interpretación genérica.

Es preciso reconocer que en la calificación de las conductas de huelga varias de las sentencias comentadas han incurrido en el defecto de inflación conceptual de la indisciplina a que nos acabamos de referir. Ciertamente, no parece discutible que en el curso

de una huelga pueden producirse comportamientos que incidan en el apartado b) del artículo 77 de la L. C. T., rectamente interpretado. Pero de ahí a considerar, explícita o implícitamente, que «per se», toda conducta de huelga es indisciplina, media un salto analítico que no se debe dar, desde los propios presupuestos del T. C. T. de ponderación *in concreto* del comportamiento de cada trabajador en el conflicto. Es más, parece claro que en la forma de huelga más típica —la huelga laboral que consiste en la mera cesación de la prestación de servicios— no se advierten los rasgos definitorios del concepto de indisciplina; lo que en ella se pone en cuestión no es el principio de autoridad en la Empresa, sino algo perfectamente cuestionable: el mantenimiento de un determinado *statu quo* de condiciones de trabajo salariales y extrasalariales; la abstención de la prestación de servicios para modificar este *statu quo* constituirá, en nuestro ordenamiento, un incumplimiento contractual, pero no un incumplimiento por indisciplina, en la medida en que el objeto del conflicto (las condiciones de trabajo) es algo sobre lo que empresarios y trabajadores pueden perfectamente manifestar su desacuerdo sin que se quebrante el principio de autoridad, como lo demuestra la simple existencia de un proceso institucionalizado de negociación colectiva.

En conclusión, puede afirmarse que el centro de gravedad de las relaciones entre huelga e indisciplina debe desplazarse desde la conducta genérica de huelga a los comportamientos de los trabajadores en el desarrollo de la misma. A partir de este planteamiento las tareas doctrinales que se imponen son, fundamentalmente, tres: 1) Indicar entre las numerosas variedades morfológicas de huelga cuáles afectan gravemente al principio de autoridad en la Empresa y cuáles no. 2) Señalar también, entre las múltiples causas o móviles de las huelgas, cuáles constituyen una actitud indisciplinada y cuáles no; y 3) Perfilar la distinción, ya apuntada de numerosas sentencias de Magistratura de Trabajo, entre participación activa y participación pasiva en paros conflictivos (Magistratura 5.ª de Madrid, caso Kelvinator; Magistratura 6.ª de Madrid, caso Standard Eléctrica; Magistratura 4.ª de Madrid, caso Mansilla; Magistratura 8.ª de Madrid, caso Rok Confecciones Americanas, S. A.; Magistratura 1.ª de Barcelona, caso Seat); distinción que servirá para calificar como incursos en indisciplina a los participantes activos en huelgas, que, bien por su modalidad o bien por su motivación, afecten gravemente al principio de autoridad en la Empresa.

Una prueba, a mi modo de ver decisiva, de que la argumentación anterior es la más correcta, es la existencia en el propio artículo 77 de la L. C. T., de una causa de despido en la que encaja sin ninguna dificultad la conducta genérica de huelga, y que lógicamente debería ejercitar, en sede de interpretación, una superior *vis attractiva* sobre el supuesto que las demás, entre ellas, desde luego, la indisciplina. Nos referimos a la causa expresada en el apartado a): «Faltas repetidas o injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo». Habida cuenta de que se parte de una doctrina legal que considera a la huelga como conducta ilícita (no justificada), y habida cuenta de que la huelga es, por definición, una abstención de la prestación de trabajo (una falta de asistencia al trabajo) parece lógico que la huelga laboral no cualificada por una motivación o una modalidad que le haga incidir en otros incumplimientos ha de ser enfocada desde esta perspectiva.

3.2. En cuanto al «requerimiento a la normalidad» ya vimos que el T. C. T., sin abordar frontalmente la cuestión, parece inclinarse a no reconocer a la desatención al mismo efectos directos sobre la graduación del incumplimiento del trabajador. A nuestro juicio ésta es la opción interpretativa acertada. En efecto, como es bien sabido, el régimen jurídico de dicho requerimiento no está especificado de una manera completa en el Decreto de 22 de mayo de 1970. Ante esta situación normativa parece ineludible acudir al canon hermenéutico primario que es la exégesis. Pues bien, siguiendo un criterio exegético parece claro que el acto administrativo de «requerimiento a la normalidad» no es un acto de imperación o de ejercicio de autoridad; literalmente «requerimiento» equivale a intimación, a notificación de algún hecho acompañada de invitación a un comportamiento; es, por tanto, una manifestación de conocimiento y de deseo y no una declaración de voluntad revestida de *imperium*. La confirmación inequívoca del carácter «persuasivo» y no-imperativo del «requerimiento a la normalidad» la encontramos en que la interpretación contraria constituiría un atentado al principio de libertad de trabajo, que sólo puede ceder ante circunstancias o motivos muy excepcionales, y, por supuesto, claramente especificados en norma de rango suficiente (servicio militar, prestaciones administrativas personales, estado de excepción, etc.).

3.3. La afirmación de que el «conflicto de solidaridad» no es un conflicto colectivo laboral se contiene, como indicamos, en una sentencia aislada (12 de febrero de 1971) de las varias que reflexionan sobre casos de este tipo. ¿Es correcta o incorrecta, y en base a qué argumentos, esta doctrina?

La premisa mayor de la argumentación jurisdiccional en este punto es una definición, por cierto de notable valor doctrinal, del conflicto colectivo de trabajo como aquél que tiene por objeto un interés colectivo laboral («se postulan mejoras de las condiciones de trabajo o se ventilan intereses en pugna»); la premisa menor (implícita en la sentencia) sería que en el «conflicto de solidaridad» no está en juego un interés colectivo laboral; y la conclusión que se impone es la ya señalada de que no caben en estos casos ni la calificación de conflicto colectivo laboral, ni, *a fortiori*, el régimen jurídico de los mismos, en especial, los procedimientos de solución del Decreto de 22 de mayo de 1970.

El punto vulnerable de este silogismo es la premisa menor. Decir que un conflicto de solidaridad es un conflicto en el que no está en juego un interés colectivo laboral supone olvidar tanto la vertiente colectiva del ejercicio del poder disciplinario del empresario, como el interés perfectamente legítimo del grupo de trabajadores en que dicha potestad se ejercita sin excesos y sin abusos. La vertiente colectiva del poder disciplinario aparece clara si se piensa que una buena parte de las medidas disciplinarias en la Empresa tienen un ingrediente más o menos fuerte de «ejemplaridad», esto es, de una motivación típicamente colectiva. En cuanto al interés de la colectividad de trabajadores en que el ejercicio del poder disciplinario no desborde los cauces normales, casi la mera enunciación del problema postula una respuesta afirmativa: en una medida disciplinaria puede estar en juego el interés de la colectividad de los trabajadores porque dicha medida puede marcar una pauta general de ejercicio del poder disciplinario. A la vista de estas consideraciones no parece lógico negar que un conflicto de solidaridad puede ser caracterizado como conflicto colectivo; no reconocer, por tanto, la posibilidad de que el grupo

de trabajadores se constituya, en parte, de un conflicto colectivo con este objeto litigioso; y cerrar, así, los cauces de solución establecidos en el Decreto de 22 de mayo de 1970.

Hemos de llamar la atención, por último, sobre la ambivalencia de la expresión «conflicto de solidaridad», que puede comprender tanto los casos de controversias y contiendas motivadas por la sanción a un compañero de trabajo de la misma Empresa (recuérdese que todas las sentencias comentadas reflexionan sobre supuestos de este tipo), como las motivadas por las medidas disciplinarias adoptadas o por el apoyo a las reivindicaciones planteadas en otras Empresas. Quizá pudiera ser útil para discernir debidamente unos y otros supuestos denominar a los primeros «conflictos de solidaridad primarios», y a los segundos «conflictos de solidaridad secundarios». Para los conflictos de solidaridad secundarios la doctrina de la inaplicabilidad del Decreto de 22 de mayo de 1970 sería perfectamente válida, entre otras razones por la fundamental de que no existen términos hábiles para poner en marcha los procedimientos de solución establecidos en el mismo cuando se trata de empresarios y trabajadores entre los que no existe ningún vínculo laboral.

3.4. No tenemos suficiente espacio en el marco de este comentario para un tratamiento detenido de la problemática de la igualdad de trato de los trabajadores en las sanciones por incumplimientos laborales colectivos, que no otra cosa, como hemos visto, con las huelgas en la óptica del ordenamiento positivo español. El tema tiene sobrada complejidad, sobradas implicaciones teóricas y sobrada trascendencia práctica como para desbordar un discurso montado al hilo de unos pronunciamientos jurisdiccionales concretos. No obstante, no podemos menos de hacer unas breves acotaciones a las líneas doctrinales del T. C. T. en la materia.

La opinión de que no existe precepto legal alguno que obligue al empresario a la igualdad de trato no resulta plenamente convincente. En efecto, esta exigencia puede ser defendible en base al artículo 75, 6.º de la L. C. T. que obliga al empresario «a tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana». Es muy dudoso que una selección de trabajadores para el despido en caso de incumplimientos contractuales idénticos en el curso de un conflicto colectivo sea una conducta empresarial que respete, en los términos legales, la dignidad de los trabajadores despedidos.

Pero, incluso en el supuesto de admitir que no es aplicable al caso el artículo 75, 6.º de la L. C. T., habría que reconocer aquí una laguna legal, una insuficiencia del derecho positivo escrito, que postula una complementación del derecho en sede jurisdiccional mediante la apelación a fuentes subsidiarias. Pues bien, en esta operación de «integración», entre el principio de trato igual y el principio de autonomía empresarial (manifestación del principio de libre iniciativa económica en el aspecto de «política de personal») nos parece que debe pesar más el primero que el segundo. En primer lugar, por razones de ética social (por decirlo en los propios términos del preámbulo del Fuero del Trabajo: los valores económicos han de estar subordinados a los valores humanos). Y en segundo lugar, por razones de técnica de integración de lagunas legales: mientras el principio de igualdad de trato puede configurarse como límite natural del principio de autonomía empresarial, coexistiendo con él sin anularlo, la prevalencia del principio

de autonomía empresarial en materia disciplinaria supone la expulsión del principio de igualdad de trato de uno de sus principales campos de acción.

A esta argumentación teórica hay que añadir un argumento *ex post* sobre las consecuencias prácticas de una y otra elaboración doctrinal. En este orden de ideas hay que señalar que el no-reconocimiento del principio de igualdad de trato puede constituir una patente de indemnidad para una gama variada de abusos empresariales. Por citar tres ejemplos muy verosímiles: el empresario puede aprovechar una conducta de huelga para su renovación de la plantilla (despidiendo a los trabajadores maduros y sustituyéndolos por otros más jóvenes); o para una reducción de personal sin expediente de crisis; o para una represión de la actividad sindical en la Empresa. Quizá pudiera decirse que estos ejemplos u otros posibles de abusos empresariales pueden ser cortados utilizando las técnicas del «fraude a la ley» y del «abuso de derecho». Pero a esto se puede replicar que el empleo de estas técnicas tan refinadas en Derecho del Trabajo es procesalmente tan costoso que pocas veces merece la pena acudir a las mismas. Así pues, la conclusión que se impone también, desde el punto de vista del funcionamiento práctico de las distintas opciones doctrinales, es la de que es preferible partir de la base del principio de igualdad de trato en las sanciones por incumplimientos contractuales colectivos. Ello no quiere decir, evidentemente, que el empresario tenga que proponer la misma sanción para todos los participantes en una huelga, sino sólo que gravitará sobre él la carga de la prueba de una participación desigual en el incumplimiento justificativo de una modulación diferente de sanciones.

3.5. En el epígrafe 2.5. intentamos exponer en toda su complejidad el desarrollo argumental de la sentencia de 6 de febrero de 1971. Nos quedan por hacer aquí unas indicaciones críticas sobre dos articulaciones fundamentales del mismo: 1) El concepto de *disminución de rendimiento normal*; y 2) La utilización de la «deslealtad» como causa de despido.

La fragilidad de la argumentación jurisdiccional en el primer punto se advierte llevándola hasta sus últimas consecuencias. En efecto, considerar como *rendimiento normal* al rendimiento habitual, y como *disminución voluntaria del rendimiento normal* a toda aminoración voluntaria del rendimiento habitual, supone: 1) Aceptar una unidad de medida diferente del rendimiento normal para cada centro de trabajo. 2) Considerar como una decisión irreversible toda decisión colectiva (tácita o expresa, para el caso es igual) de superar rendimientos anteriormente obtenidos; y 3) Penalizar así a los trabajadores que, sin incurrir en bien conocidas prácticas de «frenaje», adoptaron una actitud de máximo celo y esfuerzo en el trabajo. El argumento *a contrario* de que de no ser así se llegaría a un caos en la producción y en los cálculos empresariales tampoco tiene suficiente fuerza persuasiva porque, en buena lógica empresarial, ni estos cálculos pueden alinearse sobre rendimientos óptimos, ni en los mismos deben olvidarse las oscilaciones normales del «clima» laboral, de manera similar a como no deben ser olvidadas las oscilaciones previsibles de los precios de la materia prima o las variaciones de la demanda de sus productos. En definitiva, la solución de este difícil problema sólo parece pueda encontrarse en una apelación a un criterio objetivo de «normalidad» (debajo del cual laten las ideas sobre cuál es el esfuerzo «ordinario» y cuál es el esfuerzo «proporciona-

do») que vendrá determinado, bien por la costumbre local y profesional, bien, cada vez con mayor frecuencia habida cuenta del ritmo acelerado de cambio tecnológico, por los convenios colectivos.

Las consideraciones que cabe hacer sobre la utilización de la «deslealtad» como causa de despido en caso de «disminución colectiva de rendimiento» son paralelas a las efectuadas anteriormente en relación con la indisciplina. Resumidamente, la alternativa de interpretación que proponemos es la siguiente: la disminución de rendimiento para conseguir mejoras de condiciones de trabajo no es deslealtad en el sentido preciso del término (infracción del deber de fidelidad del trabajador, ex artículo 70, 1.º de la L. C. T.) por las siguientes razones: 1) La consecución de mejoras de condiciones de trabajo es un interés legítimo del personal que no se puede sacrificar sistemáticamente en aras de la fidelidad a la Empresa. 2) En cuanto al medio utilizado para la defensa de este interés, la disminución de rendimiento no es deslealtad porque no está orientada hacia la producción de un daño (*damnum emergens*), sino a la minoración de un beneficio (*lucrum cessans*). 3) De otra manera la «deslealtad» se convertiría en un supuesto de hecho genérico que haría superflua la mención a los demás incumplimientos del artículo 77 de la L. C. T. (entre ellos, desde luego, «la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo»); y 4) Por último, como ya señalamos para la indisciplina, en las definiciones de conductas sancionables es preferible, en aras a la seguridad jurídica, una delimitación precisa y específica a una delimitación difusa y genérica.—ANTONIO MARTÍN VALVERDE.

#### NOTE MATRIMONIAL

(Sentencias del T. C. T. de 20, 27 y 23 de abril, 22 de marzo, 2 y 28 de abril de 1971)

1. Vamos a proceder al estudio de la jurisprudencia reseñada, agrupándola en torno a cuatro núcleos problemáticos:

1.1. *Entrada en vigor del Decreto de 20 de agosto de 1970.*—A él se refieren las sentencias de 20 y 27 de abril. El Decreto de 20 de agosto fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el 24 del mismo mes. Rescindido el contrato por la actora —en el primer supuesto— el 12 de septiembre para contraer matrimonio el 16 del mismo mes, la Magistratura de Trabajo desestimó su demanda sobre dote matrimonial, y, recurrido el fallo por la demandante, el T. C. T. revocó la sentencia de instancia.

En el segundo supuesto, la terminación de la relación laboral se acordó con fecha 1 de septiembre de 1970, y el matrimonio se celebró el 14 del mismo mes. Al no percibir indemnización en concepto de dote, la actora formuló demanda que fue desestimada por la Magistratura de Trabajo, y recurrida la sentencia por la demandante, el T. C. T. revocó el fallo de instancia.

1.2. *Compatibilidad con «premio por matrimonio».*—Contemplado por las sentencias de 23 de abril y 22 de marzo. En ambos supuestos la actora tenía reconocido

un «premio a la mujer» en convenio colectivo. Cesó en su trabajo para contraer matrimonio, y presentada demanda sobre dote matrimonial, la Magistratura de Trabajo estimó en ambos casos la pretensión actora, fallo confirmado también en ambos supuestos por el Tribunal Central en suplicación.

1.3. *Incumplimiento de la obligación de preaviso. Sentencia de 2 de abril de 1971.*—La actora cesó en su trabajo para contraer matrimonio, sin cumplir la obligación de preaviso que le venía impuesta por la Reglamentación Nacional aplicable. Presentada demanda sobre dote, la Magistratura de Trabajo estimó su pretensión, fallo que confirmó el T. C. T. en suplicación.

1.4. *Cómputo del tiempo de trabajo.*—En el supuesto de la sentencia de 28 de abril, la actora había concertado un contrato de aprendizaje en 1963, hasta 1966, en que se inició un contrato de trabajo. Al cesar en el mismo para contraer matrimonio, recibió una indemnización, y no conforme con la cuantía, presentó demanda que fue estimada en parte por la Magistratura de Trabajo. Recurrido el fallo por la demandante, el T. C. T. mantuvo la sentencia de instancia.

2.—2.1. El pasaje decisivo de la sentencia de 20 de abril de 1971, es el siguiente: «... siendo el día 12 de septiembre el último de los en que prestó su actividad laboral a la demandada el veinteavo día también de la promulgación en el B. O. E. del Decreto que cita... el plazo establecido en el artículo 1.º de nuestro vigente Código civil se refiere sólo a las leyes obligatorias, cuales son las imperativas o prohibitivas, no a las permisivas o facultativas, las cuales pueden ser aplicadas el día mismo de su promulgación...».

En la del 27 del mismo mes y año, se declara: «... si con arreglo al artículo 1.º del Código civil, al no establecer el Decreto fecha de su entrada en vigor, ésta ha de ser a los veinte días de su publicación, publicado en el B. O. E. el día 24 de agosto, entró en vigor el día 13 de septiembre, y al ser hecho cierto que la actora contrajo matrimonio el día 14, por aplicación de la disposición adicional cuarta de dicho Decreto, que claramente dispone que lo establecido en el artículo 3.º, apartado 1.º, no sería de aplicación a las situaciones surgidas o creadas como consecuencia de matrimonios celebrados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor, luego a "sensu contrario", son de aplicación para las producidas por matrimonio celebrado en posterior fecha, sin poderse admitir el criterio contrario del juzgador, por haber acordado la terminación de la relación laboral con fecha 1 de septiembre, ya que, en todo caso, el acuerdo fue derivado y producido del matrimonio que había de celebrarse el día 14, por ser este siempre el motivo de las situaciones que el precepto regula».

2.2. Como fundamento de la compatibilidad, la sentencia de 23 de abril, señala el ser: «... uno y otro beneficio, conceptos completamente diferentes, y por ello compatibles, teniendo uno y otro regulación específica distinta para su otorgamiento, pues, aparte su diferente cuantía, su concesión es derivada de circunstancias distintas, ya que el premio se otorga por el acto de contraer matrimonio, se continúe o se disuelva

*la relación laboral, y la dote tiene el carácter esencial de constituir una indemnización derivada de la opción por la productora de la rescisión de su contrato...».*

Con semejantes palabras, la de 22 de marzo del mismo año, señala el «fin indemnizatorio del cese definitivo en la prestación del servicio» de la dote, lo que la hace compatible con el premio por matrimonio.

2.3. La afirmación fundamental de la sentencia de 2 de abril de 1971 es la de que a la percepción de la dote no se opone: «... la obligación que tienen los productores de avisar con treinta días de anticipación su cese en el trabajo, porque del incumplimiento de este mandato legal podrá derivarse, en su caso, la correspondiente acción de indemnización de perjuicios, pero no impide la percepción de la dote cuando se opta por rescindir el contrato...».

2.4. La sentencia de 28 de abril de 1971, excluye el tiempo de aprendizaje del cómputo de los servicios prestados a efectos de la fijación de la cuantía de la dote en base a que: «... la dote es beneficio que dimana del contrato de trabajo y no del de aprendizaje, que la propia ley, para diferenciarlos, estudia por separado del contrato de trabajo, y que la jurisprudencia citada por el magistrado estima que se trata de un contrato especial distinto del de trabajo, sometidos a normas diferentes, y que en rigor, la figura del artículo 1.º de la L. C. T. es la que da lugar a las actividades propias de su contenido, sin que a ello se oponga, ni aun como título imperativo, el artículo 3.º del Decreto de 20 de agosto de 1970, porque la interinidad o el trabajo provisional a que se refiere la norma atiende a situaciones que pueda haber dentro del contrato de trabajo como servicios computables dentro del mismo...».

3.—3.1. Dos problemas se plantean en torno a la vigencia temporal del Decreto de 20 de agosto de 1970: si fue inmediatamente aplicable desde su promulgación o si quedó sometido al plazo de *vacatio legis* que se determina en el artículo 1.º del Código civil, y si la fecha que se ha de tomar en consideración para determinar el sometimiento o no de la situación generada al Decreto es la del cese en el trabajo o la de la celebración del matrimonio. Ambos problemas son diversamente resueltos por una y otra sentencia.

Respecto a la entrada en vigor, la sentencia de 20 de abril recoge la doctrina clásica que distingue entre leyes imperativas o prohibitivas y leyes permisivas, incluyendo al Decreto en estas últimas y considerándolo, por tanto, aplicable desde el mismo día de su promulgación. En la sentencia del 27 del mismo mes y año, se sienta, por el contrario, que al no establecer el Decreto fecha de su entrada en vigor, queda sometido al plazo de *vacatio* del Código civil. Creemos más acertada la decisión de esta segunda sentencia. La doctrina de las «leyes permisivas» había sido ya recogida por la jurisprudencia anterior al Código civil (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1837 y 1 de marzo y 28 de noviembre de 1881), y consagrada fundamentalmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1907. En ésta se afirma, efectivamente, que «... es preciso entender que el citado precepto (art. 1.º del Código civil) solamente se refiere a las leyes imperativas o prohibitivas, esto es, a las



que continen obligación o prohibición que no puedan eludirse, no a las permisivas, o sea, a las que establecen un derecho o facultad de los que pueda libremente hacerse uso...». El vocablo «obligarán», del artículo 1.º del Código civil, se entiende implica institución de preceptos, no concesión de facultades (F. de Castro: *Derecho civil de España*, tomo I, 3.ª ed., pág. 700). Sin embargo, no consideramos admisible esta doctrina ni la inclusión del Decreto estudiado en las leyes llamadas permisivas. La fundamentación de la distinción doctrinal y jurisprudencial entre leyes permisivas, prohibitivas, punitivas e imperativas, se nos presenta débil y muy dudosa. Con palabras de Díez Picazo, «la ley que establece un derecho o una facultad es permisiva sólo de un modo relativo, pues concede algo al sujeto activo del derecho o de la facultad, pero al mismo tiempo obliga a los sujetos pasivos del mismo» (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, págs. 43-44). Por tanto le afecta el plazo de *vacatio*, sólo inaplicable, según el mismo autor, a las leyes que meramente alzan un límite legal de la autonomía negocial.

Pasando al segundo punto tratado, la sentencia de 20 de abril toma en consideración la fecha de cese en el trabajo. Creemos de mejor doctrina la sentencia de 27 de abril, ya que el Decreto se refiere a las situaciones surgidas o creadas como consecuencia de matrimonios celebrados... por lo que parece que claramente hay que tener en cuenta la fecha de celebración del matrimonio para ver si a la situación por él generada es o no aplicable el Decreto.

3.2. Perfectamente correcta nos parece la doctrina jurisprudencial que declara compatibles la dote y el premio a la mujer establecido en convenio colectivo, ya que la primera es una indemnización concedida por el cese definitivo en la prestación del servicio, mientras que el premio se concede por el acto de contraer matrimonio, con independencia de continuar o no la relación laboral.

3.3. También acertada a nuestro juicio, la doctrina que sienta la sentencia de 2 de abril respecto del incumplimiento de la obligación de preaviso para el cese en el trabajo. Los efectos sancionadores del incumplimiento de la norma, si no vienen expresamente determinados, se reconducen a la genérica indemnización de daños y perjuicios, que habrán de ser probados, en su ocurrencia y en su cuantía. Derivar sin estar así establecido, del incumplimiento de la obligación señalada la pérdida automática del derecho a la dote, sería una extensión inaceptable del efecto sancionador de la norma.

3.4. No puede, sin embargo, presentársenos sino como errónea y desacertada la doctrina de la sentencia de 28 de abril de 1971. Responde a una línea doctrinal seguida por cierta jurisprudencia, que distingue y separa como figuras diversas totalmente el contrato de trabajo y el de aprendizaje, considerando éste como un contrato especial distinto del de trabajo y sometido a regulación diversa. Creemos errónea y poco atenta a la realidad de la vida esta doctrina, ya que en la práctica el contrato de aprendizaje cumple en muchas ocasiones la misma función que el contrato de trabajo, y el acudir a él no es, con frecuencia, sino un medio de eludir la normativa de este último.

Creemos que no cabe, al menos por vía general como hace la citada sentencia, establecer tan severas distinciones entre el contrato de trabajo y el contrato de aprendizaje, y que sería más conveniente examinar en cada caso el desenvolvimiento real de la relación para, con independencia de la denominación a ella atribuida, determinar si estamos ante una relación laboral configurable como contrato de trabajo y merecedora, por tanto, de la protección que la ley dispensa al mismo. Sobre la base de la anterior distinción, la sentencia comentada considera la dote como beneficio que dimana del contrato de trabajo y no del de aprendizaje, sin oponerse a ello el texto del artículo 3.º del Decreto de 20 de agosto de 1970, ya que la interinidad o el trabajo provisional a que se refiere atienden a situaciones que pueda haber dentro del contrato de trabajo y no a figuras extrañas del mismo.—FEDERICO DURÁN LÓPEZ.

REINTEGRO DE LOS GASTOS MÉDICOS POR LA UTILIZACIÓN JUSTIFICADA  
DE LA MEDICINA PRIVADA

1. Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social tienen por fin garantizar al beneficiario un normal cuidado médico y, precisamente, en nuestro régimen positivo, por los servicios médicos y hospitalarios dependientes o colaboradores. Cabría decir que la Seguridad Social se compromete a una actividad de cuidado médico, más que a un resultado efectivo y feliz de ese cuidado médico; sólo puede garantizar un normal cuidado médico, estableciendo medidas para controlar su efectividad, pero no asumiendo el riesgo del resultado perseguido por ese cuidado médico, es decir, la curación del propio enfermo.

La deficiencia de funcionamiento, por un lado, los posibles errores de diagnósticos, por otro, da lugar a que los beneficiarios insatisfechos acudan sustitutivamente a la medicina privada, y luego intente repercutir ese gasto, por la vía de la reparación, en la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social. Cada vez son más los casos en que ese intento de reintegro se solicita judicialmente, y por ello es cada vez más frecuente que el Tribunal Central de Trabajo (que por la cuantía del asunto es el normalmente competente para conocer de la materia en vía de recurso) tenga que pronunciarse sobre el reintegro de los gastos médicos ocasionados a los beneficiarios de algunos de los regímenes de Seguridad Social, por la utilización de la medicina privada. Esa acción de reintegro de gastos tiende a fundamentarse normalmente en el defecto de funcionamiento de los servicios médicos de la Seguridad Social, o en la anormalidad de la asistencia requerida que han justificado el acudir a la medicina privada.

2. Los datos normativos no son completamente claros ni precisos. El artículo 102.3 de la L. S. S. establece la regla general de no abono de los gastos ocasionados por la utilización de servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, pero remitiéndose a norma reglamentaria para la fijación de las excepciones a la regla. Estas excepciones reglamentarias se contienen en el artículo 18 del Decreto de 16 de noviembre de 1967, que distingue dos casos, el de la «asistencia urgente de

carácter vital», en cuyo caso el beneficiario podrá formular ante la entidad gestora obligada a prestarle la asistencia sanitaria, la solicitud de reintegro de los gastos ocasionados, que será acordado por ésta si de la oportuna información que se realice al efecto resultara la procedencia del mismo». En segundo lugar, para la denegación solicitada de la prestación de la asistencia debida, o sea, «cuando el beneficiario no tenga la asistencia sanitaria en tiempo y forma oportuno». En este segundo caso los condicionamientos son muy estrictos, se impone al beneficiario la denuncia de esa negativa, o la solicitud expresa de la prestación, y sólo entonces y en el caso que se le negara injustificadamente la asistencia solicitada «podrá reclamar el reintegro de los gastos efectuados por la utilización de los servicios distintos de los que correspondieran *siempre que lo hubiese notificado en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes al comienzo de la asistencia*, debiendo al solicitarlo, razonar la petición y justificar los gastos efectuados».

3. Debido a la variedad y disparidad de supuestos sobre los que se pronuncia el Tribunal Central de Trabajo en sus decisiones, es necesario obtener su doctrina de un «muestreo» suficiente de sentencias, pues al enfrentarnos con casos en los que una mínima variación en los acontecimientos provoca unos efectos jurídicos totalmente dispares, pudiera ocurrir que sólo obtuviéramos una doctrina aplicable a un caso y sentencia determinados.

Y es precisamente por ello por lo que hemos efectuado este breve comentario sobre la totalidad, y sólo de los supuestos en los que el Tribunal Central se ha pronunciado acerca de esta materia, durante los años 1969 y 1970.

Por la variedad de hechos que se presentan en las diferentes sentencias consultadas, se hace necesario clasificar éstos alrededor de determinados epígrafes, dejando sólo algunos aislados, por la dificultad que supone clasificarlos y la anormalidad con que se presentan.

#### 4. I.—Casos de negativa de prestación de los servicios por la Seguridad Social:

Aquí podemos incluir los casos de la sentencia de 20 de diciembre de 1969, en la que *el beneficiario había soportado durante tres años una afección de cadera sin que se le interviniese quirúrgicamente ni se le reconociese por los servicios médicos centrales*. Con la intervención de la medicina privada, el enfermo cura, y el Tribunal Central afirma que existe derecho al reintegro de los gastos producidos.

También existe derecho al reintegro en la sentencia de 6 de febrero de 1970, en la que *una intervención necesaria a un enfermo de colecistitis es propuesta sin razón justificada*, viéndose obligado el enfermo a acudir a la medicina privada para su curación.

Igualmente incluíble en estos supuestos de negativa es el caso que se examina en la sentencia de 12 de junio de 1970, en la que *la causa por la que se ve obligado el enfermo a acudir a la medicina privada, es la falta de camas en las instalaciones de la Seguridad Social*.

Por último, también se inclina el Tribunal Central por el reintegro de los gastos en la sentencia de 13 de mayo de 1970, ya que el enfermo acude a la medicina privada

al no hallarse el médico de la Seguridad Social en su domicilio, como era su obligación. Aquí, sin embargo, es de observar que también influye la urgencia, que a continuación examinaremos.

5. II.—Casos de accidente y enfermedad de súbita aparición:

En todos estos casos son muy importantes e influyen de una manera casi decisiva las circunstancias que rodean al hecho, y en la mayoría de los casos de ellas dependerá el que exista o no derecho al reintegro de los gastos.

Así, dentro de los casos de accidente —en su sentido vulgar: producción-irrupción por un agente extraño—, podemos ver los de la sentencia de 10 de noviembre de 1969, en el que el accidentado por una motocicleta, tras realizársele una cura de urgencia es trasladado a una clínica privada *en estado de inconsciencia y extrema gravedad*, caso en el que el Tribunal Central estima el derecho al reintegro de los gastos.

O bien la sentencia de 7 de julio de 1970, en la que el accidentado por un automóvil y trasladado a una clínica privada, ha de permanecer en ella, por *no ser posible —debido a su gravedad— el traslado* a las instalaciones de la Seguridad Social.

Ya dentro de las enfermedades súbitas, pero muy próximo al accidente, hemos de situar el caso examinado en la sentencia de 26 de noviembre de 1969, en la que el enfermo es víctima de un *colapso cardíaco* en plena calle, siendo trasladado al centro médico más próximo, para la instalación de un marcapasos, intervención que se realiza antes que hayan transcurrido veinticuatro horas desde el colapso, concediéndose el reintegro.

Otros casos, en los que la causa del reintegro de los gastos médicos son una enfermedad de súbita producción, son los examinados en las sentencias de 30 de enero de 1970 (*apendicitis aguda de extremada gravedad*) y 20 de abril de 1970 (*apendicitis gangrenosa en segunda intervención*), en cuyos fallos se concede el reintegro de los gastos, debido a la urgencia, perentoriedad o fuerza mayor que rodean al hecho.

No ocurre lo mismo en las sentencias de 10 de diciembre de 1969 (*tuberculosis renal*) y 5 de noviembre de 1969 (*apendicitis aguda*), ya que las circunstancias que en estas sentencias rodean a la enfermedad, no hacen tan inminente la intervención quirúrgica, como para que no pueda llevarse a cabo por la Seguridad Social.

6. III.—Casos diversos:

Aparte de los dos grandes grupos de sentencias que hemos realizado, nos restan otras, que debido a su anormalidad hemos de colocarlas en lugar aparte y, más tarde, obtener de ellas unas consecuencias diferentes.

Y así tenemos:

a) *Casos de enfermedad mental*: Mientras que la sentencia de 19 de febrero de 1970, no se admite por el Tribunal Central el derecho a los gastos ocasionados por el ingreso de un enfermo mental en una clínica privada, por el contrario, en la de 19 de febrero de 1970, este derecho sí es reconocido, en razón de una mayor gravedad en el enfermo.

b) *Tratamiento simultáneo por la medicina privada y la Seguridad Social*: La duda

que pudiera existir en estos casos es resuelta por la sentencia de 16 de febrero de 1970, en sentido negativo, ya que para que los gastos fuesen reintegrables, sería necesario un error de diagnóstico o una falta de prestación de los servicios en las debidas condiciones.

c) Por último, en los casos de *error de diagnóstico* (por ejemplo, sentencia de 16 de septiembre de 1970), éste, por sí sólo, no constituye un requisito que al cumplirse obligue a la Seguridad Social al reintegro de los gastos, sino que es necesario que, como consecuencia del error, se derive una urgencia en la intervención. Por eso, en la presente sentencia, a pesar del gran error cometido (*faringitis, donde, en realidad, había apendicitis aguda*), sin embargo, no se concede el reintegro, ya que *hubo tiempo suficiente* para que la intervención quirúrgica se llevase a cabo por los servicios de la Seguridad Social.

7. A la luz de la anterior legislación y examinando los fallos a que ha llegado el Tribunal Central de Trabajo en sus diversas sentencias, cuyos hechos hemos expuesto, podemos obtener las siguientes conclusiones y comentarios:

1.º) La uniformidad de la doctrina mantenida está bastante conseguida y consolidada por el Tribunal Central de Trabajo, si bien con el transcurso del tiempo se va manifestando un progresivo endurecimiento.

2.º) Las sentencias de las Magistraturas de Trabajo (provinciales) suelen tener un carácter más benévolo que la del Tribunal superior.

Sólo un 25 por 100 de los casos consultados son alterados por el Tribunal Central de Trabajo, confirmándose en el resto la resolución del Tribunal *a quo*. Y estas alteraciones, son, en casi su totalidad, para revocar el reintegro de gastos que había concedido la Magistratura.

3.º) La regla general establecida por los textos legales y reglamentarios es la negativa al reintegro de los gastos, estableciendo, al mismo tiempo, dos excepciones:

- a) Negativa injustificada a la prestación.
- b) Urgencia de carácter vital.

4.º) La misión y tarea que realiza la jurisprudencia es la de matizar —ampliando o reduciendo—, las dos excepciones establecidas por el Decreto de asistencia sanitaria; *creando al mismo tiempo otras excepciones paralelas a las reglamentarias* y en el sentido que a continuación veremos.

5.º) La primera excepción, pues, en la cual se concede el reintegro de los gastos producidos por la medicina privada es el caso en que se produzca una *negativa injustificada* a la prestación por parte de los servicios obligados a la misma.

La jurisprudencia ha realizado una ampliación de este concepto por una doble vía:

- a) En primer lugar, incluyendo como negativa injustificada a los casos de silencio o no explicación razonada y suficiente de las causas del retraso de las intervenciones.

— b) Y en segundo lugar, creando unas excepciones paralelas, tales como los casos en que no estén los servicios de la Seguridad Social en las debidas condiciones, o sea imposible realizar un determinado tratamiento o bien exista una imposibilidad física, tal como la carencia de camas.

6.º) Tratar de esta excepción (negativa) teóricamente, y en abstracto, es fácil y no ofrece muchas dudas, pero en la práctica presenta una gran complejidad, ya que *suele ir unida a la segunda excepción que figura en el Decreto: la urgencia de carácter vital.*

7.º) La *urgencia de carácter vital*, es, sin duda, la excepción que presenta más problemas en las decisiones jurisprudenciales. La urgencia dependerá siempre de la gravedad del tratamiento de que se trate, y hemos de considerar que es muy difícil determinar objetivamente el contenido de los conceptos de urgencia y gravedad.

Por otro lado, es necesario situarse en el desarrollo de uno de estos casos y tener muy en cuenta la faceta sentimental del caso por parte de los familiares y de los que prestan los primeros auxilios, los cuales en éstos se mueven por unos criterios muchas veces irracionales, que les hacen preferir siempre la asistencia más rápida a la asistencia que realmente le corresponde de la Seguridad Social.

Por ello, y para evitar abusos, que siempre irían enmarcados en una aureola sentimental, la jurisprudencia indica:

— a) *No sólo ha de tratarse de urgencia, sino que ésta ha de ser de carácter vital.*

— b) *Ha de tratarse de operaciones intervenciones inmediatas, de las que vulgarmente se conocen por «a vida o muerte».*

— c) *La intervención ha de ser el único camino para salvar la vida.*

8.º) También se suele conceder el derecho al reintegro de los gastos médicos, en los casos en que la intervención de la medicina privada, es consecuencia de la *inconsciencia del beneficiario*, acompañada de la *ausencia de los familiares*, lo cual impide conocer a los que prestan los primeros auxilios, su carácter de beneficiario de la Seguridad Social.

9.º) Como dijimos antes, el error de diagnóstico, por sí sólo, no es suficiente para el derecho al reintegro de los gastos, sino que es necesario que vaya acompañado de la urgencia vital en la intervención quirúrgica.

10.º) Tratándose de enfermos mentales, se tiene derecho a reintegrar los gastos que se hayan producido por el internamiento en una clínica especializada privada, cuando el enfermo tenga derecho a hospitalización y ésta no sea posible en las instalaciones de la Seguridad Social.

Tienen derecho a la hospitalización los enfermos de suma gravedad, cuyo tratamiento no pueda realizarse en el domicilio del paciente ni en régimen de ambulatorio, y que haya que vigilar constantemente.

8. Como resumen se puede afirmar que el reintegro de los gastos va a depender en gran medida de las circunstancias que en cada caso se presenten, que son las que en definitiva determinarán si existe una negativa injustificada o una urgencia de carácter vital, aunque aquélla se conecta fácticamente con la segunda, que es la que más frecuentemente se acepta.—RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE.

SALARIO BASE PARA RETRIBUIR EL TRABAJO EN DOMINGO Y FESTIVOS.

NO SE INCLUYEN LAS GRATIFICACIONES VOLUNTARIAS

(Sentencia del T. C. T. de 18 de febrero de 1971. J. S., núm. 45. Ref. 73/71)

1. El actor prestó sus servicios en una clínica como conductor de ambulancias, y presentada demanda sobre diferencias, la Magistratura de Trabajo estima en parte la pretensión actora. Recurrida la sentencia, el Tribunal Central estima en parte el recurso interpuesto.

2. El órgano jurisdiccional superior revoca en parte la sentencia de instancia, ya que «dándose como probado que el actor percibía 4.500 pesetas al mes más una gratificación voluntaria de 3.500 pesetas, también mensuales, al no formar parte esta última del salario, el recargo del trabajo en domingo y festivos no debe actuar más que sobre las 4.500 pesetas, por no formar el resto parte del salario según el artículo 3.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960 y 15 de febrero de 1962, en los que se excluyen del salario las gratificaciones voluntarias...».

3. La sentencia que comentamos, al estimar que una gratificación voluntaria, prestación prevista en el apartado 7.º del artículo 4.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, no debe incluirse en el salario base para la aplicación del recargo propio del trabajo en domingo o festivo, cuando se carece de descanso semanal compensatorio, recargo establecido con carácter general y «mínimo» por el artículo 53 del Reglamento de Descanso Dominical de 25 de enero de 1941, que desarrolla el artículo 9.º *in fine* de la ley de Descanso dominical de 13 de julio de 1940, efectúa una correcta aplicación de los preceptos en los que se basa. La calificación de la percepción de las 3.500 pesetas mensuales como extrasalarial y meramente graciable es la que entendemos crítica-ble en cambio, y ello por diversas razones:

a) Existe una presunción *iuris tantum* de que todo lo que recibe el trabajador del empresario le es debido a aquél como salario (1), puesto que el carácter marcadamente económico de las relaciones de trabajo determina que las prestaciones a título gratuito debe ser considerado como algo que muy excepcionalmente tiene cabida en las mismas. Una liberalidad puramente benévola fuera de la relación de trabajo no es

---

(1) ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1971. pág. 140.

más que una mejora de la remuneración si es atribuida con motivo de la relación laboral (2).

b) La regla del apartado 7.º del artículo 4.º —cuyo carácter es marcadamente regresivo—, establece sencillamente una presunción (contraria a la anteriormente recogida sentada hace bastantes años) de que las percepciones que no impongan una contraprestación específica adicional y no estén previstas en normas o pactos, se entienden a título gratuito, pero siendo posible en todo momento la prueba por parte del trabajador de su carácter normal, fijo y continuado (3), ya que la nota de continuidad y permanencia de una percepción, determinará su carácter salarial (4). Del extracto de la sentencia que hemos transcrito parece deducirse la continuidad y fijeza de la percepción.

c) En pura lógica toda gratificación voluntaria como concesión graciable del empleador, sería un acto a título gratuito, sin vínculo alguno de reciprocidad con el trabajo, y que por ende puede suprimirse en todo momento por aquél. Ello no obstante, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo dentro de las gratificaciones voluntarias, unas que son exigibles y no pueden suprimirse (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1950 y de 11 de junio de 1966, y sentencia del T. C. T. de 16 de marzo de 1970), las fijas en su cuantía y periódicas en su vencimiento. Esta doctrina aparentemente absurda deriva del temor jurisprudencial de denominar a las cada día más frecuentes prestaciones extrarreglamentarias de naturaleza salarial (recogidas en los recibos de salarios siempre bajo la denominación de «gratificaciones voluntarias») como lo que son: aumentos individuales de salario o mejoras voluntarias o complementos del salario en todo caso, debiendo considerarse como criterio indiciario de ese carácter salarial la fijeza en la cuantía y la periodicidad en el devengo.

d) Afirmado hoy por la mejor doctrina que «la diferencia entre liberalidad y prestación salarial no viene a basarse meramente en no estar prevista en norma o pacto, sino en su normalidad: cuando se demuestre de modo regular y fijo (aunque entendido no de modo rígido, pues puede variar su monto) una percepción, puede afirmarse, sin duda, su carácter salarial» (5), parece evidente que estas características aparecen en las 3.500 pesetas que como «gratificación voluntaria» se viene pagando al actor, en la decisión objeto de nuestro comentario. Hay que indicar que nuestra jurisprudencia, pese a reconocer en supuestos similares al recogido en la sentencia comentada, la exigibilidad por el trabajador de la «gratificación voluntaria», sigue considerando dicha percepción como incluida en el artículo 4.º, 7.º, del Decreto de 21 de septiembre de 1960, y, por lo tanto, no subsumible dentro del concepto de salario. Esta postura jurisprudencial es evidentemente inconsecuente e ilógica.

e) Por último, la estimación de las horas trabajadas en domingo, y abonables con recargo como horas extraordinarias cualificadas, lo que determinaría la aplicabilidad del artículo 9.º de la Orden de 8 de mayo de 1961 a fin de estimar la base salarial horaria a efecto del recargo, no sería a nuestro juicio razón suficiente para excluir de dicha

(2) LYON-CAEN : *Traité de Droit du Travail*, bajo la dirección de CAMERLYNCK, tomo V, «Les salaires», París, 1967, pág. 177.

(3) RODRÍGUEZ-PIÑERO : *Apuntes de Cátedra* (multicopiados), Sevilla, 1969, pág. 222.

(4) RODRÍGUEZ-PIÑERO : Op. cit., pág. 221.

(5) RODRÍGUEZ-PIÑERO : Op. cit., pág. 220.



base un concepto de carácter salarial, pues es criticable, como se ha demostrado en anterior comentario, la doctrina jurisprudencial que aplica en todo caso las exclusiones que dicho artículo 9.º de la Orden citada hace de conceptos de naturaleza estrictamente salarial, sin tener en cuenta su posible contraposición con normativa de rango superior.—JOAQUÍN J. GALÁN PÉREZ.

SALARIO BASE A EFECTO DE APLICACIÓN DEL RECARGO  
DE HORAS EXTRAORDINARIAS

(Sentencia del T. C. T. de 5 de marzo de 1971. J. S., 194/71)

1. Los actores demandaron a la Empresa de cementos en la que prestaban sus servicios... sobre horas extraordinarias, toda vez que no se computaba para valorarlas los incentivos que percibían. La Magistratura de Trabajo desestimó la pretensión actora, y el Tribunal Central confirma el fallo de instancia.

2. Los recurrentes pretenden «se estimen infringidos los artículos que se citan del Decreto de 21 de septiembre de 1960 y de las Ordenes ministeriales de 8 de mayo y 26 de agosto de 1961...», resolviendo negativamente el recurso el Tribunal Central, ya que como el propio Tribunal decisor indicó en sentencia de 18 de mayo de 1970, que resolvía un caso análogo, «las primas, premios, comisiones y cualquier modalidad de remuneración con incentivo, de carácter legal o paccionado...» se excluyen cuando se trata de determinar la base salarial horaria a la que hay que aplicar el correspondiente recargo por horas extraordinarias, por lo que «... se considera que, dado el contenido del apartado 8.º del artículo 3.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, la interpretación dada por el magistrado fue la adecuada»

3. En la sentencia citada, la desestimación del recurso se fundamenta en el contenido del apartado 8.º del artículo 3.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960 (denominado de «rentas de trabajo»), que se considera correctamente interpretado por el Tribunal de instancia. En primer lugar, y descartando el debatido problema de su vigencia en bloque, que hoy parece superado (6), nos parece insuficiente la instrumentación normativa de dicha argumentación, ya que el artículo 3.º del referido Decreto se limita a enumerar los conceptos de naturaleza salarial, entre los que incluye precisamente «las primas..., y cualquier modalidad de remuneraciones con incentivo», no deduciéndose, evidentemente, de esa enumeración su exclusión del salario base a efecto de horas extraordinarias. El fundamento legal en el que descansa el criterio jurisprudencial, generalmente uniforme, al que responde la sentencia que comentamos, no se encuentra primordialmente en el Decreto de 21 de septiembre de 1960, sino en la Orden de 8 de mayo de 1961 (modificada por la de 28 de agosto de 1961), que tras definir en su artículo 3.º el salario hora individual, como el cociente de dividir por el

(6) ALONSO OLEA : *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1971, pág. 114.

número de horas de trabajo efectivo, en el período de tiempo correspondiente, la suma de devengos que compongan su salario —el del trabajador en concreto de que se trate—, con arreglo al artículo 3.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, e indicar (párrafo primero del artículo 9.º de la Orden) que dicho salario-hora individual servirá de base para determinar el importe de las horas extraordinarias, en el párrafo segundo del citado artículo 9.º —y a los efectos exclusivos de la valoración de dichas horas extraordinarias— excluye del dividendo que ha de dividirse por el número de horas de trabajo, varios de los conceptos, que considerados como salariales, se incluyen en el artículo 3.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, y entre ellos «las primas, premios, comisiones y cualquier modalidad de remuneración con incentivo, de carácter legal o paccionado», recogidos en el apartado 8.º del citado artículo.

Señalada la falta de precisión de la decisión judicial de referencia, por lo que respecta a la indicación de las normas jurídicas que le sirven de base, queremos en segundo lugar poner de manifiesto la peligrosidad de la doctrina jurisprudencial a la que la misma, en cuanto a su contenido, responde. Dicha doctrina aplica tajantemente lo dispuesto en el artículo 9.º, párrafos segundo y siguientes de la Orden de 8 de mayo de 1961, olvidando que la regulación legal relativa a la valoración de las horas extraordinarias debe necesariamente partir del contenido del artículo 6.º de la vigente ley de Jornada máxima legal de 1 de julio de 1931, que determina de manera imperativa que «... cada hora extraordinaria se pagará con un recargo (de un 25 por 100 al menos) sobre el salario tipo de la hora ordinaria», señalando el mismo precepto legal que «se entenderá por salario tipo de la hora ordinaria la octava parte de la remuneración convenida por la jornada de ocho horas».

Es importante resaltar, a nuestro juicio, que al determinar el artículo 9.º de la repetida Orden de 8 de mayo de 1961, en su primer párrafo, que «el salario hora individual servirá de base para determinar el importe de las horas extraordinarias» la misma efectúa una regulación del problema acorde con la efectuada por la ley de Jornada, ya que la definición de salario-hora individual contenida en el artículo 13.2.º del Decreto de rentas de trabajo y en el artículo 3.º de la Orden de 8 de mayo de 1961 —donde se excluye con toda lógica «el importe de las horas extraordinarias», ya que pese a su naturaleza salarial, no son remuneración de la jornada ordinaria— es consecuente con la dada con carácter general por ley para el salario tipo de la hora ordinaria.

Sin embargo, el resto del artículo 9.º de la Orden, a más de suponer una excepción del principio enunciado («el salario-hora individual servirá de base...») en el mismo precepto, *contradice el espíritu y la letra de un precepto de rango superior* (artículo 6.º de la ley de Jornada), al eliminar del salario base, a efecto de horas extraordinarias, conceptos estrictamente salariales (posiblemente por la variabilidad de su cuantía y en aras de una mayor simplificación administrativa a la hora de hallar el valor de la hora-extra), con lo que a más de no respetar una disposición legal de carácter imperativo, de la que no puede estimarse como interpretación auténtica (7), precisamente, por ello,

---

(7) F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1955, pág. 519.

*lleva a resultados económicos más desfavorables para los trabajadores que los derivados del artículo 6.º de la ley del 31 y su aplicación.*

Por todo ello, entendemos que por nuestra jurisprudencia se viene manteniendo una doctrina incorrecta al estimarse aplicable a supuestos de hecho como el recogido en la sentencia que motiva nuestro comentario, el artículo 9.º de la Orden de 8 de mayo de 1961, cuya aplicabilidad debe ser desechada al no estar en concordancia con normas imperativas de superior rango y suponer condiciones más desfavorables para los trabajadores. No cabe admitir en modo alguno como justificación de dicha doctrina las complicaciones que en cuanto al cálculo de la remuneración por horas extraordinarias supondría la inclusión en el salario base a efecto de aplicación del correspondiente recargo, de conceptos retributivos como las primas y demás sistemas de remuneración con incentivo, ya que en otros ordenamientos dicha problemática no impide la inclusión de complementos de carácter salarial en el salario horario de base para la aplicación del recargo por horas extraordinarias (8).—JOAQUÍN GALÁN PÉREZ.

INASISTENCIA PROLONGADA DEL ACTOR AL TRABAJO COMO CONSECUENCIA DE UN ACCIDENTE NO LABORAL (9). LA NO COMUNICACIÓN DEL ACCIDENTE A LA EMPRESA SE ENTIENDE COMO UN CESE VOLUNTARIO DEL TRABAJADOR, Y JUSTIFICA LA NO READMISIÓN DEL TRABAJADOR DESPUÉS DEL ALTA DEL ACCIDENTE

(Sentencia de 19 de enero de 1971. Ref. J. S., núm. 45, 41/71. T. C. T.)

1. El actor sufrió un accidente de tráfico en agosto de 1969 que le imposibilitaba a acudir al trabajo, no comunicando a la Empresa la razón de dicha imposibilidad. Dado de alta por el médico forense el 14 de julio de 1970, no es admitido en la Empresa al tratar de reincorporarse a la misma. Presentada por el actor demanda por despido improcedente, fue desestimada por la Magistratura de Trabajo, fallo que fue posteriormente confirmado por el T. C. T.

2. De la lectura del segundo considerando de esta sentencia, que es el que a los efectos de este comentario interesa, se pueden deducir las siguientes consideraciones previas:

a) Si bien el actor estaba dado de alta en la Seguridad Social en el momento del accidente, no se acogió a la asistencia sanitaria prestada por aquélla. Ello se deduce de la propia sentencia cuando dice: «...Y sin que, según los antecedentes obrantes en la

(8) Así en Francia, LYON-CAEN: *Traité de Droit du Travail*, tomo V, «Les salaires», París, 1967, págs. 52-53; en Italia, NAPOLETANO: *Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, Roma, 1962, pág. 525; CORRADO: *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, en «Nuovo Trattato de Diritto del Lavoro de Riva-Mazzoni», Padova, 1971, pág. 220 y sigs.

(9) El breve resumen del supuesto de hecho que recoge la revista de *Jurisprudencia Social* y que antecede a los considerandos de la sentencia comentada, indica que estamos ante un supuesto de accidente de trabajo. Una somera lectura de dichos considerandos nos advertirá del error en que incurre la revista; estamos ante un supuesto accidente de tráfico común, y no de accidente de trabajo.

Inspección Médica de la 1.<sup>a</sup> zona, exista en ningún proceso de baja por enfermedad común o accidente no laboral del demandante...». De ahí que sea lógico pensar que no existiendo ninguna declaración de incapacidad laboral transitoria o invalidez provisional, el demandante se había acogido a los cuidados de médicos particulares, bien a cargo suyo, bien de aquel que en el accidente le hubiera causado las «diversas lesiones».

b) Además de la falta de comunicación expresa a la Empresa de su imposibilidad de acudir al trabajo y, dado que no se había acogido a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, el actor omitió el «... solicitar y obtener las correspondientes bajas laborales...», que hubieran podido justificar ante la Empresa su inasistencia al trabajo.

c) Como declara la sentencia, no se daban en el actor «... ninguno de los supuestos a que se refieren las Ordenes de 31 de mayo de 1950 y 20 de mayo de 1952». Evidentemente, el alta médica dada por el médico forense no equivale a la resolución firme exigida por el artículo 1.<sup>o</sup> de la Orden de 20 de mayo de 1958 (10). Así lo confirma también la jurisprudencia del T. C. T. en sentencia de 8 de julio de 1970. (Ref. J. S., núm. 41, 290/70. T. C. T.).

d) Se deduce claramente del texto de la sentencia, que no se han llevado a cabo, por parte de la Empresa, aquellas formalidades que el artículo 97 del texto articulado II de la ley de Bases de la Seguridad Social, previene en aquellos supuestos en los que la Empresa hace uso de la facultad rescisoria del contrato de trabajo en virtud del artículo 77 de la L. C. T.

3. Hechas estas consideraciones previas, podemos pasar al análisis del supuesto de hecho contemplado en la sentencia comentada, así como a las conclusiones críticas a las que dicho análisis nos lleva. En mi opinión, el T. C. T. entiende que el caso contemplado constituye un supuesto de extinción del contrato laboral como consecuencia de un cese voluntario del trabajador de acuerdo con el artículo 76, 9.<sup>o</sup>, de la L. C. T., abandono que parece fundamentar, por una parte, en la prolongada inasistencia del trabajador al trabajo, y por otra, en la falta de comunicación del trabajador a la Empresa de las razones o motivos de su obligada ausencia del trabajo; la sentencia dice así: «... Dada la incomparecencia prolongada del actor a su puesto de trabajo, y la omisión por su parte de comunicar a aquélla su imposibilidad...».

El supuesto de hecho contemplado nos pone ante la disyuntiva —por otra parte, similar a los supuestos de hecho en los que tiene lugar la incomparecencia del traba-

---

(10) La Orden de 20 de mayo de 1952 dice así:

1.<sup>o</sup> Los trabajadores fijos que hubieren cesado en sus respectivas Empresas por inutilidad física producida *por causa distinta de la enfermedad profesional o accidente de trabajo* y que hubiesen adquirido la condición de pensionistas en el Montepío Laboral correspondiente, tendrán derecho, al ser declarados de nuevo aptos para el trabajo, a ser reintegrados a los puestos de trabajo que con carácter normal ocupaban en las Empresas en la fecha en que causaron baja.

2.<sup>o</sup> Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo anterior será preciso que el trabajador lo solicite de su Empresa dentro del mes siguiente a la fecha de su declaración de aptitud para el trabajo *en virtud de resolución firme*, quedando aquélla obligada a proporcionarle ocupación efectiva en el término de los quince días siguientes a la fecha en que haya formulado su petición de ingreso.

jador como consecuencia de una detención— de si la inasistencia injustificada del trabajador constituye un abandono voluntario del trabajo, ante el cual la Empresa queda exonerada del cumplimiento de aquellos requisitos legales propios del despido exigidos en el artículo 97 antes citado, o bien, si dichas faltas de asistencia pueden constituir justas causas de despido contemplados en el apartado a) del artículo 77 de la L. C. T.

Son dos los puntos fundamentales, alrededor de los cuales giran la posible solución que la doctrina y la jurisprudencia aportan a estos supuestos de hecho:

1.º) Por un lado, para estimar la existencia de la figura del abandono, es necesario determinar «... si en la raíz de la conducta del trabajador existe o no, por circunstancias precisas y unívocas, la voluntad de dimitir de la relación, de otro modo se tratará de un incumplimiento sancionado» (profesor Rodríguez-Piñero: *Apuntes de Cátedra*). En consecuencia, para que exista abandono, el trabajador habría de manifestar un propósito de extinguir el contrato de trabajo. Así lo confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1968 (Ref. J. S., núm. 29, 131/69. T. S.), recogiendo la doctrina expresada en la sentencia del mismo Alto Tribunal de 13 de marzo de 1967: «... El abandono, como causa de extinción de estos contratos, supone siempre por parte del trabajador una manifestación clara y terminante... como producto de una voluntad decidida y deliberada que ponga bien de manifiesto su propósito de dar por terminado aquel contrato...».

Aplicando esta doctrina al supuesto ahora examinado observamos cómo en el actor no se da «la voluntad decidida y deliberada» de poner fin a la relación de trabajo, puesto que la simple incomparecencia al trabajo no puede ser considerada como un indicio racional absoluto que demuestre dicho propósito extintivo.

En este sentido, sólo la prolongada ausencia al trabajo —«durante casi un año»— por parte del actor podría considerarse como un criterio para estimar la existencia de una voluntad extintiva (profesor Montoya: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, pág. 112). Sin embargo, ello sólo constituye un dato que, entre otros muchos, sirven al juzgador para la interpretación de la existencia de una voluntad extintiva, pero que bajo ningún concepto puede resultar como definitivo. La interpretación de la existencia de una voluntad extintiva sólo puede derivar de la concurrencia de «... elementos precisos y concordantes, incluíbles todos en una clara y unívoca manifestación...» derivada de aquélla (profesor Rodríguez-Piñero: *Apuntes de Cátedra*).

2.º) Por otro, la jurisprudencia y la doctrina en general consideran que lo que en última instancia caracteriza la figura del abandono es la falta de comunicación expresa por parte del trabajador, de su intención de rescindir el contrato, dado el carácter recepticio que tiene el acto o negocio extintivo. En este sentido, la falta de dicha notificación se entiende como reveladora de una voluntad extintiva (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1951). El abandono del trabajador, sin notificación de dicho acto al empresario, constituye un incumplimiento contractual, supuesto de hecho recogido en el artículo 81 de la L. C. T., que posibilita al empresario para dirigir una acción contra el trabajador para obtener un resarcimiento de daños y perjuicios.

En el caso comentado, la falta de notificación es evidente, por lo que podría pensarse que nos hallamos ante la figura del abandono como incumplimiento contractual. Sin embargo, lo que desvirtúa la posibilidad de la existencia de una voluntad extintiva en el trabajador es el hecho de que su ausencia está motivada por estar superándose de las lesiones recibidas del accidente, y que cuando es dado de alta trata de reincorporarse inmediatamente al trabajo, lo cual queda suficientemente probado. Ello es así, porque incluso la propia sentencia no se fija si falta o no la notificación, para calificar el acto del trabajador como abandono, sino en el hecho de «... la omisión por su parte de comunicar a aquélla (la Empresa) su imposibilidad...»: es decir, en la falta de comunicación de los motivos de su inasistencia al trabajo y que justificaran la misma.

Luego, si, por una parte, no existe una voluntad manifiesta del trabajador de extinguir el contrato de trabajo, y si, por otro, la falta de notificación del abandono no es tenida en cuenta en la sentencia, es preciso concluir que no nos hallamos ante un abandono del trabajador, sino ante unas faltas repetidas e injustificadas al trabajo, ya que se parece sancionar la falta de comunicación y la justificación de la misma, lo que hace incurrir a la actora en causa de despido, con la obligación por parte de la Empresa de guardar aquellas formalidades que «la legislación previene para efectuarlo» (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1968, antes citada).

4. Por todo ello, consideramos que la doctrina recogida en las sentencias comentadas y, con todo respeto para el T. C. T., es errónea, ya que si bien son evidentes hechos tales como la incomparecencia del actor, la omisión de comunicar su imposibilidad de acudir al trabajo y el no haber obtenido las correspondientes bajas laborales, dichos hechos *no son constitutivos de un abandono, sino merecedores de la sanción de despido*, por lo que la Empresa debió ejercitar la facultad resolutoria del contrato laboral que le otorga el artículo 77 de la L. C. T. (11).—MANUEL CHAVES GONZÁLEZ.

(Se ha preparado esta sección jurisprudencial por la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.)

---

(11) La negativa de la Empresa a readmitir al actor en su puesto de trabajo, podía basarse en el hecho de que aquél carecía de resolución firme que certificase el alta del accidente, de acuerdo con el artículo 2 de la Orden de 20 de mayo de 1952.