

LA JURISPRUDENCIA LENTA Y SUAVE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por

MANUEL ALONSO OLEA

Catedrático de la Universidad de Madrid.
Letrado Mayor del Consejo de Estado

En el número 1, año 1950, de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA publiqué el que fue mi primer estudio, llamémosle así, jurídico, bajo el título *La revocación de los actos administrativos en materia de personal: el acto de contraric imperio entre el recurso de agravios*. Este estudio, creo, no tanto tapó un hueco como abrió una brecha, que diría el maestro GUASP, a través del cual irrumpieron después estudios de mayor extensión y solidez, aparte el mío, insistiendo sobre el tema, *Lesividad y revocación de las resoluciones en materia de personal*, también publicado en la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, número 14, 1954. En los primeros números de la REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, y en alguno aislado posterior, hasta que aceptó la carga nuestro llorado compañero Ricardo GÓMEZ ACEBO, soporté la de las *Notas de jurisprudencia de agravios*.

Cien números y treinta y tantos años después de aquellas primeras colaboraciones vuelvo gozoso a la RAP para conmemorar el centenario editorial, sin que empañe el gozo la urgencia de la petición, que en esto de lo conminatorio en cuanto al tiempo de las colaboraciones pedidas la RAP ha variado poco.

* * *

Aparte de la esencial resultante de los artículos 161 y 164 de la Constitución, existe una diferencia de fondo y talante notable entre

las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y las resolutorias de recursos de amparo. Mientras que las primeras tienen la espectacularidad propia que resulta de la confirmación o anulación directa y con efectos *erga omnes* de los desarrollos legislativos constitucionales y de las normas preconstitucionales con rango de ley, las sentencias de amparo tienen una aparente relevancia menor, entre otras cosas por la necesidad de esperar a la reiteración de su doctrina, si se produce; el precedente no juega en nuestro ordenamiento jurídico, en este terreno ni en ningún otro, del modo relativamente estricto con que lo hace en los ordenamientos anglosajones. De ahí que la formación de los criterios jurisprudenciales sea en amparo más lenta que en la revisión formal de la constitucionalidad, al tiempo que, queridos o no como tales por el sentenciador, los *obiter dicta* sean más abundantes en los amparos, trazándose a través de ellos de modo insensible y suave cuestiones que no son objeto de los recursos.

Característico de las sentencias de amparo es también, en muchas ocasiones, que tanto o más importante que lo que dicen sea lo que dejan de decir, los presupuestos de los que parten como indiscutidos o indiscutibles; los temas subyacentes sólo de modo velado o implícito son abordados, pero lo son, desde luego, en el sentido de que si no se aceptan como punto de partida, la decisión carece de sentido, tanto en la elaboración misma del Tribunal como en la tarea analítica y crítica de sus intérpretes. Con la particularidad, además, de que en ocasiones esto se hace aceptando el Tribunal Constitucional y haciendo suya, por tanto, la doctrina de las decisiones impugnadas en amparo.

* * *

Ejemplo insigne de cuanto como introducción acabo de decir es el modo cómo el Tribunal Constitucional ha venido insensiblemente abordando el espinoso tema de él o los sindicatos *más representativos*, esto es, de los privilegios que el reconocimiento de la calidad de tal confiere a sus beneficiarios y de la compatibilidad de estos mismos privilegios con el derecho fundamental descrito por el artículo 28, número 1, de la Constitución, cuyo contenido se enuncia normalmente con la expresión *libertad sindical*.

En efecto, la Sentencia 53/1982, de 22 de julio (de la Sala Segunda, en recurso de amparo número 56/1982, publicada en el «BOE» de 18

de agosto de 1982), aborda la muy concreta cuestión de la más representatividad que un sindicato precisa para formar parte de una Comisión ejecutiva provincial del Instituto Nacional de Empleo.

Fue objeto de impugnación en este recurso la Orden ministerial de 8 de julio de 1981, que aprueba el reglamento del INEM y dispone que «la representatividad de los representantes de los trabajadores miembros de las Comisiones ejecutivas provinciales se mide "a nivel estatal"» y *a sensu contrario*, no al nivel provincial del ámbito de competencia de la respectiva Comisión.

El Tribunal Constitucional se muestra escéptico y hasta suavemente irónico con la Orden impugnada; el análisis que su sentencia realiza, dice, «no desemboca en la proclamación de las excelencias del criterio elegido por la Orden ministerial de 1981»; el amparo se deniega, sin embargo, porque se aprecia «racionalidad y objetividad [en] ese modo de medir la mayor representatividad sindical habida cuenta de la estructura del INEM», y deja de verse irracionalidad, discriminación o mero e infundado arbitrio que, si presentes, presumiblemente hubieran llevado a la solución contraria.

Para llegar a estas conclusiones la sentencia estudia con detenimiento relativo y adecuado las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las consultas evacuadas por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, llegando a la doble y muy acertada conclusión de que puede apreciarse una violación del principio de libertad sindical y del de igualdad (en su versión constitucional, Const., arts. 14 y 28.1), si al elegir al sindicato más representativo se discrimina entre las organizaciones sindicales, y de que en aquellos pronunciamientos internacionales «no es posible hallar unas reglas de validez general para determinar en todo caso qué debe entenderse por organización u organizaciones sindicales más representativas», salvo la «esclarecedora afirmación» —magnánimo aquí el Tribunal Constitucional con la jurisprudencia internacional— de que los criterios inspiradores de la elección tienen que «ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan elementos de parcialidad o abuso».

Esta objetividad e imparcialidad es la que aprecia el Tribunal Constitucional en la Orden impugnada, bien que no se crea en el caso de proclamar las excelencias del criterio elegido. Decidir si el criterio elegido «es el más acertado o el más conveniente política-

mente..., o el más acorde con la Constitución..., entrañarían juicios de valor o de preferencia que este Tribunal no puede jamás emitir».

Obtiene así el Tribunal Constitucional una decisión nítida en su fallo y elegante en su fundamentación. Con todo cabe comentar:

Puede sostenerse perfectamente que la *más representatividad* de un sindicato otorga privilegios, que es en sí mismo discriminatoria y que viola el principio de igualdad, pese a su admisión muy generalizada, con la que se presta el débito tributo al hecho de que toda la construcción sobre la *más representatividad* parte del pie forzado de que la constitución de la Organización Internacional de Trabajo explícitamente la admite. De ahí las vacilaciones de los organismos internacionales de aplicación, señaladamente del Comité de libertad sindical de la OIT, que esta sentencia acusa; el Comité es consciente a la vez de que: reconocer a un sindicato como más representativo es privilegiarle, rozando así la libertad sindical, que rechaza el privilegio; y de que *no tiene más remedio que aceptar privilegio y roce de acuerdo con la norma institucional de la que sus poderes le vienen.*

Por otro lado, contestando a una alegación del recurrente, dice el Tribunal (*considerando* segundo) que «pretender aplicar [a las representaciones sindicales para el INEMI] los criterios de ET, artículo 72.2 [sobre más representatividad a efectos de legitimación para la negociación en los ámbitos supraempresariales de contratación colectiva] implica un salto lógico insubsanable», dadas las diferencias insalvables entre la negociación colectiva y la representación institucional de los intereses de los trabajadores ante la Administración pública. Resulta difícil percatarse de la magnitud del salto y, más aún, de su insubsanabilidad lógica, cuando realmente el criterio de más representatividad, hoy por hoy, no parece que pueda ser sino el mismo o muy similar en ambos casos, es decir, como es sabido, la mayor implantación —a uno u otro nivel de entre los niveles elegibles, esta es otra cuestión— de cada sindicato, medida a través del éxito de sus candidatos en las elecciones de miembros de los comités de empresa y de los delegados de personal. No se aprecia ninguna contradicción lógica en que, aun siendo cosas diferentes y aún con «diferencias insalvables», si se quiere, «la negociación colectiva y la representación institucional de los intereses de los trabajadores ante la Administración pública», se mida o fije de la misma forma la más representatividad de sus organizaciones; hacerlo en forma distinta

ocasionaría, y esto sí parece ilógico, la utilización de dos criterios distintos de más representatividad, según el fin que a través de ellos se pretenda legal o reglamentariamente obtener.

* * *

Problema similar al anterior, aunque en contexto distinto, se aborda por la Sala Primera en la Sentencia número 65/1982, de 10 de noviembre (recurso de amparo núm. 50/1982, «BOE» de 10 de diciembre de 1982).

Si en la Sentencia de 22 de junio la más representatividad de un sindicato se debatía respecto de las comisiones del INEM, en ésta se discute para la composición de la delegación española de trabajadores en una conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo.

Aunque más comedida la sentencia en su ironía, y aun faltando por completo ésta ahora, si se quiere, el motivo de denegación del amparo sigue siendo el mismo: el Tribunal Constitucional no entra a examinar «la oportunidad del criterio adoptado —para decidir si un sindicato es «más representativo»— ni su mayor o menor adecuación al fin perseguido ni [a]l decir si es el mejor de los posibles que puedan aplicarse»; le basta con constatar que el criterio seguido se basa en una distinción real o «elemento diferencial ... que permite calificar la decisión ... como no arbitraria o discriminatoria».

El tal elemento diferencial consiste en que el sindicato que pretende el amparo, aun habiendo obtenido candidatos por él representados más del 15 por 100 de puestos en comités de empresa o delegados de personal en el territorio de una Comunidad autónoma, había obtenido menos puestos que otros dos sindicatos, lo que permitía considerar a estos dos como más representativos en la Comunidad autónoma en cuestión y denegar que tal condición concurriera en el demandante.

Aunque ahora se prescinde de los «saltos lógicos» que de alguna forma enturbiaban los fundamentos jurídicos de la Sentencia de 22 de julio, como se vio, se llega también a la conclusión de que la disposición adicional 6.^a del Estatuto de los Trabajadores —que es la que fija el porcentaje del 15— sólo es aplicable para la «representación institucional ... ante la Administración pública u otras entidades u organismos de carácter nacional que la tengan prevista», no

para integrar la delegación en una Conferencia general de la OIT, que obviamente es una entidad u organismo internacional, no nacional. Pudo, por tanto, la Administración acudir a otros criterios de más representatividad distintos de los de la adicional 8.^a y a los que en efecto acudió (a saber: la existencia de otros dos sindicatos con más implantación) se juzgan razonables y no discriminatorios

Aquí, en cuanto a esta sentencia, quizá quepa hacer este comentario adicional: Efectivamente, conforme al artículo 3.º de su Constitución, en la Conferencia general de la OIT la delegación de cada Estado «se compondrá de cuatro representantes ... dos de los cuales serán delegados del Gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores» (núm. 1), obligándose los Estados «a designar a los delegados ... no gubernamentales *de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores*» (núm. 5). Este es el pie forzado de la más representatividad al que antes aludí.

Pero según el artículo 3.º de la propia Constitución, «los poderes de los delegados ... serán examinados por la Conferencia, la cual podrá, por mayoría de dos tercios de los delegados presentes, rechazar la admisión de cualquier delegado ... que no haya sido designado de conformidad con el presente artículo» (núm. 9). La Conferencia decide a propuesta de una de sus comisiones (la comisión de verificación de poderes, artículo 5.º del Reglamento de la Conferencia), que a su vez verifica los poderes y emite sus informes según un complejo procedimiento (art. 26 del Reglamento).

Parece, por tanto, que cualquiera que sea la decisión de los gobiernos de los Estados miembros en cuanto a la designación de sus representantes, gubernamentales y no gubernamentales, o la decisión de tribunales de cada Estado, los constitucionales incluidos, sobre los apoderamientos, esto no priva en absoluto a la Conferencia de su facultad y de su obligación de verificar los poderes de los delegados.

Por ello, pienso, hubiera sido preferible deferir la legitimidad del nombramiento de los delegados en este caso —indirectamente impugnada al decir que no se había consultado a un sindicato que a sí propio se consideraba más representativo— a los propios órganos de la OIT, sin entrar los tribunales españoles a conocer del asunto, aunque sólo fuera por la posibilidad de quedar en posición desairada

si el parecer de la OIT discrepaba de lo por aquéllos decidido en su sentencia.

El camino lógico hubiera sido que el sindicato que se consideraba discriminado hubiera reclamado ante la OIT, que a estos efectos examina «cualquier protesta», en vez de acudir a los tribunales españoles, que, por decirlo de una vez, creo que debieran haberse declarado incompetentes o carentes de jurisdicción para conocer por razón de la materia.

En cualquier caso, repárese para lo que sigue, que el Tribunal admite sin reparos constitucionales la existencia y los privilegios de los sindicatos más representativos.

* * *

Nuevamente la Sala Segunda aborda el tema del sindicato *más representativo*, ahora enfrentándose con la legitimación para convenir en unidades supraempresariales de contratación colectiva (Sentencia 4/1983, de 28 de enero, en recurso de amparo núm. 173/1982, «BOE» de 17 de febrero de 1983).

La sentencia de la Magistratura de Trabajo de instancia —conociendo en proceso «de oficio», conforme a ET, artículo 90.5, y LPL, artículo 136, de la legalidad de un convenio colectivo— había sentado en sus hechos probados (que el Tribunal Central de Trabajo, en la sentencia de 29 de marzo de 1982, impugnada en amparo, hace suyos) que «por la parte social no han intervenido sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales, sino siete trabajadores elegidos por los que desarrollan su actividad en el ramo del comercio textil ... designados expresamente con el objeto de negociar el convenio colectivo y de proceder a su firma por los miembros de comités de empresas y delegados de personal de los centros comerciales pertenecientes al sector y a nivel provincial».

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo declara la ilegalidad del convenio en vista de este hecho probado, razonando que conforme al artículo 87.2 del Estatuto de los Trabajadores, en los convenios colectivos de ámbito superior de empresa sólo están legitimados para negociar, por los trabajadores, «sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales», que además deben contar con la legitimación o implantación mínimas del 10 por 100 que el precepto exige, y que conforme al artículo 88, número 1, párrafo segundo, del propio ET,

la comisión negociadora del convenio ha de estar constituida, en cuanto a los trabajadores, por aquellos «sindicatos, federaciones o confederaciones» mencionados en el artículo 87.2, que además tengan en su conjunto la *legitimación o implantación ampliadas* (la «mayoría absoluta») que el precepto pide.

En consecuencia, un convenio colectivo para unidad multiempresarial celebrado por representaciones *ad hoc*, aun designadas por comités de empresa y delegados de personal, es un convenio celebrado por partes no legitimadas legalmente para convenir y, por consiguiente, nulo.

La sentencia del Tribunal Central de Trabajo no rehúye enfrentarse con las cuestiones constitucionales que el caso plantea. En cuanto al derecho a la negociación colectiva garantizado por la Constitución, artículo 37.1, el que se exija «una representación plural y asociada, estructurada a través de un sindicato», no viola aquel derecho, sino que lo refuerza, especialmente teniendo en cuenta la obligatoriedad general del convenio, esto es, su eficacia *erga omnes* para los comprendidos dentro de la unidad de contratación; el sindicato, en suma, que «no puede ser sustituido por apoderamientos individuales en favor de una o varias personas».

En cuanto al derecho a sindicarse libremente reconocido por la Constitución, artículo 28.1, tampoco resulta violado, «pues los trabajadores siguen siendo dueños de sindicarse o de hacerlo en cualquier de los sindicatos ya existentes o constituir otro u otros nuevos», derecho no afectado porque el Estatuto de los Trabajadores exija la presencia de sindicatos en las unidades multiempresariales de negociación colectiva. Al elegir los trabajadores delegados de personal o miembros del comité de empresa, conocen y están decidiendo en virtud de la regulación del procedimiento electoral contenido en el Estatuto, que identifica sindicalmente los candidatos o las listas de candidatos, sobre a quiénes están legitimando para, en su caso, convenir colectivamente.

Reparo ahora que el comentario que precede más se refiere a la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 29 de marzo de 1982 (confirmada enérgicamente por otra de la misma fecha para supuesto similar y posteriormente por la de 8 de febrero de 1983, ambas recurridas en amparo) que a la propia sentencia del Tribunal Constitucional, que decide sobre éste y lo deniega, confirmando así y haciendo suya la doctrina de la sentencia impugnada.

De su cosecha, el Tribunal Constitucional, como es lógico si el amparo se desestima, añade poco. Hay en ella un intento, condenado a la frustración, en este caso como en probablemente todo otro, de separar a efectos de protección constitucional el derecho de libre sindicación de la Constitución, artículo 28.1, del derecho a la negociación colectiva de la Constitución, artículo 37.1, que están indisolublemente unidos y son inseparables entre sí, pese a su emplazamiento en distintos lugares del texto constitucional, algo parecido al intento, también fracasado, de la Sentencia 72/1982, de 2 de diciembre, de separar los segundos números de ambos artículos (Constitución, artículo 28.2, y Constitución, art. 37.2), a propósito de la huelga abusiva y del cierre patronal.

Refuerza en la suya el Tribunal Constitucional los razonamientos de la sentencia impugnada, trayendo a colación el espíritu de reforzamiento de las asociaciones profesionales —muy cierto y con apoyo en los textos internacionales que cita— que inspira el artículo 7.º de la Constitución. Y aun quizá lo extiende innecesariamente y, si se me permite, rozando el razonamiento la constitucionalidad misma, en cuanto que el derecho a la negociación colectiva se reconoce por la Constitución en el artículo 37.1 no estrictamente a los sindicatos, sino a «los representantes de los trabajadores», lo que da una base constitucional incommovible a los preceptos del Estatuto de los Trabajadores (art. 87, núm. 1; art. 88, núm. 1, párrafo primero, no cuestionados en las sentencias que se comentan) que para las unidades empresariales e infraempresariales legitiman para convenir a los comités de empresa y delegados de personal. Pero la claridad en este respecto se logra en la Sentencia 12/1983, que seguidamente paso a estudiar.

* * *

La doctrina sentada por la sentencia últimamente comentada, confirmandose también la recurrida en amparo del Tribunal Central de Trabajo, se reitera de nuevo por la Sala Segunda en la Sentencia de 12/1983 (recurso de amparo núm. 162/1982, «BOE» de 23 de marzo de 1983). Se reitera, y se precisa, la doctrina porque:

— De un lado declara expresamente la legitimación por convenir en las unidades empresariales e inferiores del comité de empresa y de los delegados de personal (y consiguientemente la posibili-

dad de que a través de los miembros del comité de empresa o delegados por ellos elegidos participen en la negociación los trabajadores, «que gráficamente se conoce con el calificativo de independientes», esto es, los que «no pertenezcan a sindicato» ni hayan dado su voto a candidatos o listas de candidatos propuestas por los sindicatos). El sindicato no tiene el monopolio de la negociación colectiva, en vista de la Constitución, artículo 37.1, y Estatuto de los Trabajadores, artículo 87.1.

— De otro lado se subraya que para los convenios en unidades multiempresariales, «la legitimación se limita a los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales» que conforme al artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores tengan el mínimo del 10 por 100 de implantación.

El privilegio de más representatividad —su «legitimación» en este contexto— y su eficacia para la negociación colectiva resultante del artículo 87 del Estatuto, dice la sentencia, «cualquiera que sea el juicio que desde el punto de vista de política jurídica se pueda o se quiera hacer ... es lo cierto que ni directa ni indirectamente viola el artículo 28 de la Constitución ni el principio de libertad sindical»; aunque ésta pueda contemplarse desde luego no sólo en sentido positivo, sino también «en sentido negativo, como derecho de permanecer al margen de cualquier organización sindical o de no sindicarse», esto no impide al legislador «adoptar medidas de fomento de la sindicación ... [en virtud dell ... papel relevante que al sindicato reconoce el artículo 7.º del texto constitucional]», aunque deje de verse con claridad que esto exija privilegiar a unos sindicatos respecto de otros.

Por lo tanto, y en conclusión, la exigencia de más representatividad sindical para negociar colectivamente no viola el principio constitucional de libertad sindical; no la viola al menos en los términos en que esta más representatividad es exigida por el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores para la negociación colectiva en las unidades de contratación multiempresariales. Y como la Constitución, artículo 28.1, quedaba incólume ante criterios razonables de más representatividad para la designación de representantes sindicales en organismos públicos nacionales e internacionales, ya ha llegado el Tribunal Constitucional, con lentitud y suavidad, sin apenas proponérselo —invirtiendo los vocablos, como tantas veces ocurre, los pe-

queños casos hacen la gran doctrina—, a solventar la cuestión de base que en todas estas sentencias palpita, a saber: la más representatividad constatada de un sindicatos le otorga facultades que se niegan a los que carecen de ella, sin que esto viole ni la libertad sindical (Constitución, art. 28.1) ni la igualdad ante la ley (Constitución, art. 14) ni contradiga la igualdad real y efectiva de los grupos (Constitución, art. 9.2).

* * *

No es mi propósito aquí apurar el estudio de la más representatividad más a fondo de lo que ha sido preciso para el comentario; aunque no muy abundante en España, el tema cuenta con bibliografía suficiente (para ésta y para su enfoque, el ensayo de Jaime MONTALVO, «El derecho de libre sindicación y la "mayor representatividad" sindical», en *Estudio en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980) y es abordado en todo libro sobre sindicatos. Sólo he querido elegirlo como ejemplo de configuración de una línea jurisprudencial, y esto ya queda hecho.

Con todo, no es lícito pararse aquí; alguna referencia hay que hacer, mirando hacia el futuro, en cuanto a los límites del privilegio de la más representatividad.

Porque evidentemente la situación llegará, en la que habrán de ponerse límites a la más representatividad y a su eficacia; de otra forma, lo que es una interpretación oportuna benevolente y amplia de la libertad sindical y en cualquier caso, digamos, universalmente admitida, puede llegar a ser una negación de la misma. Este riesgo se está corriendo, se corre siempre en temas de más representatividad sindical, y hay que evitar que se produzca el siniestro, aquí consistente en consentir con la permisividad lo que a la postre sería una violación de la Constitución, artículo 28.1.

Hasta qué punto el riesgo es real lo demuestra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1983, conociendo de procedimiento por los trámites de la Ley 62/1968, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales del personal. La Ley de presupuestos para 1982 (44/1981, de 26 de diciembre), anexo IV, modificó el artículo 48, capítulo 4.º, Sección 19, de la consignación presupuestaria anterior, asignando la cantidad de 800 millones de pesetas «a las centrales sindicales en

proporción a su representatividad para la realización de actividades socio-culturales, promoción de los trabajadores, organización de actividades de carácter formativo y otras dentro de los fines propios de aquéllas» (la modificación consistió en intercalar el inciso en *en cursivas*).

Administrativamente se decidió aplicar a la *representatividad* presupuestaria el criterio de *más representatividad* de la disposición adicional 6.^a del Estatuto de los Trabajadores (organizaciones sindicales con «implantación» nacional del 10 por 100 o más o de comunidad autónoma del 15 por 100 como mínimo).

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo confirma la de la Audiencia Nacional, anulatoria de la resolución administrativa por entender que viola «el derecho de sindicación libre reconocido en el artículo 28.1 de la Constitución». La central sindical recurrente, sin el grado de implantación del ET, disposición adicional 6.^a, ha sido discriminada por la resolución impugnada, que «desconoce el principio de igualdad, reconocido y amparado constitucionalmente», lo que a su vez constituye una referencia implícita, bien al artículo 14, bien al artículo 9.º, número 2, de la Constitución.

Por supuesto que el caso resuelto por el Tribunal Supremo es muy singular, pero también lo son los resueltos por todas las sentencias del Tribunal Constitucional que se han comentado, siendo la norma de amparo distinta en uno y en otros casos y en otros entre sí. Pero el problema de fondo a la postre es el mismo, a saber: hasta dónde se puede estirar la *más representatividad* sin que choque con la libertad sindical o, si se quiere, además, se insiste con el principio de igualdad y no discriminación ante la ley y con la promoción de la igualdad «del individuo y de los grupos en que se integra».

El Tribunal Supremo ha encontrado el límite en el caso y lo ha impuesto.

* * *

La serie de casos de la Telefónica son también un buen ejemplo de esto a lo que llamaba en el título jurisprudencia suave, pese a que quizá suaviza el excesivo tono declamatorio de *Telefónica I**; por una doble razón.

* Para lo que sigue *Telefónica I* refiere a la Sentencia 7/1983, en recurso de amparo, núm. 236/1982 («BOE» de 9 marzo 1983); *Telefónica II* a Sentencia 8/1983, en recurso de amparo, núm. 240/1982 («BOE» de 23 de marzo de 1983; *Telefónica III* a

En primer lugar porque en cuanto al tema de fondo, a saber, la presencia de una discriminación persistente derivada de norma preconstitucional y originada antes de la entrada en vigor de la Constitución, en cuanto al tema de fondo, digo, las sentencias del Tribunal Constitucional acogen y confirman la reiterada doctrina anterior del Tribunal Central de Trabajo, incluido el matiz de que la situación discriminatoria se inicia cuando menos con la Constitución misma y no posteriormente con la promulgación del Estatuto de los Trabajadores.

En segundo término porque también hay concordancia en la jurisprudencia de ambos Tribunales sobre la prescriptibilidad de la acción antidiscriminatoria ejercitada, aunque discrepen ambos en un problema técnico menor en cuanto al plazo de prescripción a aplicar y en cuanto al *dies a quo* del mismo.

Entremos ya en el comentario breve de estas sentencias.

* * *

Telefónica I, decía, confirma la muy abundante jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, sobre el carácter discriminatorio, opuesto por tanto a la Constitución, artículo 14, de una norma como la del artículo 107, apartado c), párrafo cuarto, de la Reglamentación de Trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España, texto refundido, a tenor del cual «el personal femenino que contraiga matrimonio quedará *en situación de excedencia forzosa en tanto no se constituya en cabeza de familia*. Cuando esto ocurra podrá pedir su ingreso en el plazo de treinta días y tendrá derecho a ocupar la primera plaza vacante de su categoría».

Confirma también la misma jurisprudencia en el sentido de que, aunque decretada la excedencia antes de la entrada en vigor de la Constitución, quedaban efectos pendientes al promulgarse ésta —los implicados por la frase *en cursivas* del texto de la Reglamentación—, por lo que la cuestión no era su aplicación retroactiva a asuntos definitivamente solventados, sino a efectos discriminatorios persistentes aún.

Sentencia 13/1983 en recurso de amparo 277/1982 («BOE» también de 23 de marzo de 1983); *Telefónica IV* a Sentencia 15/1983, en recurso de amparo 15/1983 («BOE» de 12 de abril de 1983). Todas ellas de la Sala Segunda, de 14, 18 y 23 de febrero y 4 de marzo de 1983, respectivamente.

De la jurisprudencia citada del Tribunal Central de Trabajo son ejemplos la Sentencia de 28 de noviembre de 1980, que tiene a la vista norma similar de la Reglamentación de banca privada, y sendas Sentencias de 6 de diciembre de 1980, la una respecto de las Cajas de Ahorro y la otra respecto de la Telefónica, considerando esta última el mismo precepto que la sentencia que ahora se comenta (que es el también tenido a la vista, entre otras, por las sucesivas Sentencias de 16 de diciembre de 1980 y 5 y 6 de febrero de 1981).

Quizá haya en la sentencia comentada, decía, para los fines que en ella se persiguen, un razonamiento en exceso declamatorio (párrafo tercero del *considerando* 2.º) sobre que es el artículo 14 de la Constitución, y no de su «versión laboral» en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, de donde «nace con plenitud el derecho fundamental de los recurrentes a no ser discriminadas por razón de su sexo», con la consecuencia de que la suspensión de la relación contractual «en tanto no se constituya en cabeza de familia» la afectada es nula «desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución», y de que en todo caso lo sería, aunque no existiera el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Digo que es declamatoria en exceso, porque parece como si la jurisprudencia que confirma hubiera tenido duda seria al respecto; más bien lo contrario es el caso, habida cuenta de que todas las sentencias mencionadas, si no lo he constatado mal, se refieren a demandas presentadas antes de la promulgación del Estatuto, con lo cual la cita de sus preceptos, junto con el artículo 14 de la Constitución, se hace más bien por vía de reforzamiento argumental. Y aun alguna de las sentencias mencionadas, concretamente la de 16 de diciembre de 1980, recuerda y traen a colación el artículo 16 de la Ley de relaciones laborales (16/1976, de 8 de abril, anterior a la Constitución), conforme al cual «los derechos y obligaciones establecidos por la legislación laboral afectarán por igual al hombre y a la mujer», como dando a entender que ya con arreglo a este precepto la condición suspensiva de la situación de excedencia de la mujer era nula por legalmente, ya que no todavía, por constitucionalmente, discriminatoria.

Sin embargo, el razonamiento del Tribunal Constitucional le sirve para solventar una cuestión técnica, a saber —supuesto que la acción para reclamar el cese de la discriminación es prescriptible—;

la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción y la duración de éste.

Frente a la sentencia impugnada en amparo, que había optado por el plazo de un año conforme al artículo 59, núm. 1, del Estatuto, a partir de la entrada en vigor de éste (15 de marzo de 1980), la sentencia de amparo opta por el de tres años, conforme al artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo, a partir del día de la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre de 1978), viva la acción conforme a esta segunda solución, decaída conforme a la primera. Aceptable cualquiera de ellas, y si se quiere más aceptable la segunda en cuanto más beneficiosa para la mujer discriminada recurrente.

El voto particular, unido a esta sentencia, expresa las dudas del magistrado que lo suscribe acerca de la solución dada por la mayoría; le «resulta intrascendente que el plazo a aplicar sea el de tres años o el de un año», y más bien piensa que la acción es imprescriptible, mientras la discriminación se perpetúe, aunque, dice, pueda prescribir el «derecho a la restitución de los bienes concretos que puedan ser consecuencia de la desaparición de tal discriminación»; pero sobre esto volverá el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores (Telefónica II, III y IV, *infra*), unánimes ya.

* * *

Telefónica II nuevamente confirma la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo sobre el carácter discriminatorio del precepto de la Reglamentación de la Telefónica; sobre los efectos vivos aún de la discriminación y, por tanto, sobre la inexistencia de retroactividad en la aplicación de la Constitución, artículo 14, y sobre la prescriptibilidad —no la caducidad— de la acción, bien que arrancando desde la promulgación de la Constitución y con el plazo de tres años de LCT, artículo 83, que era norma sobre prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo vigente al tiempo de aquella promulgación.

* * *

Así comienza el *considerando* único de *Telefónica III*: «Tanto las circunstancias de hecho como la petición del actor en el presente recurso son sustancialmente idénticas a las del recurso número 236/1982, resuelto por Sentencia de esta Sala de 14 de febrero de 1982.»

Telefónica III es, por tanto, una continuación de *Telefónica I* (y de *Telefónica II*, que a su vez acusó una «igualdad sustancial de las situaciones» con las de *Telefónica I*).

Téngase por reiterado aquí, por tanto, todo lo dicho al comentar *Telefónica I* y *Telefónica II*, señaladamente la confirmación de la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo en cuanto al carácter discriminatorio del artículo 107, c), de la Reglamentación de Telefónica (reitero el texto: «El personal femenino que contraiga matrimonio quedará en situación de excedencia forzosa en tanto no se constituya en cabeza de familia») y la opción por el plazo de prescripción de tres años del artículo 81 de la Ley de Contrato de Trabajo, con *dies a quo* fijado por la de entrada en vigor de la Constitución.

Quizá el interés mayor, y desde luego la novedad de esta sentencia, esté en la respuesta que da a la pregunta sobre la posible imprescriptibilidad de la acción formulada por el voto particular de *Telefónica I*. La respuesta reza así: Los derechos fundamentales son imprescriptibles, «como derechos de la persona» que son, pero ello «no es óbice para que tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos»; ergo son prescriptibles, pese a la afirmación inicial, salvo que la sentencia contuviera una elaboración complejísima y nada fácil, si siquiera posible, entre la acción para la defensa llamémosla genérica de un derecho y la específica para su defensa ante una «vulneración concreta».

La realidad es que para el Tribunal Constitucional el derecho aquí sostenido está sujeto a prescripción. La mujer excedente forzosa con reingreso condicionado a que adquiera la calidad de cabeza de familia debe ejercer su derecho a no ser discriminada en virtud de tal cláusula dentro de un determinado plazo, no obstante fundar su derecho en el artículo 14 de la Constitución. Cabría decir, remedando al novelista, que aunque todos los derechos de este tipo son imprescriptibles, unos son más imprescriptibles que otros, lo que en realidad quiere decir que unos lo son y otros no. Y entre los que lo son figuran, si se ha de abstraer alguna consideración general de la serie *Telefónica I, II* y *III*, aquellos en que la discriminación es menor, ligada a una situación sumamente concreta y en la que circuns-

tancia alguna obsta al ejercicio de la acción antidiscriminatoria. Porque no es creíble que el perjuicio de tercero, «la protección de derechos ajenos» ni la seguridad jurídica sean argumentos en favor de la prescriptibilidad en el supuesto de discriminaciones que fueran a la vez rudas y entorpecedoras del ejercicio de la acción.

En efecto, envuelto el razonamiento en el tema técnico del plazo a elegir y de la fecha en que comienza su curso, la solución de la sentencia que se comenta, como la de sus precedentes, es la de prescriptibilidad: «es obvio que la recurrente pudo pedir ... y que su petición hubo de ser considerada dentro de tiempo oportuno, *siempre que se hubiera hecho dentro del plazo* [de prescripción] de tres años que consignaba el artículo 83 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo *para el ejercicio de las acciones* de este género.» «Este género de acciones» son, según el citado artículo 83, «las acciones derivadas del contrato de trabajo», lo que quiere decir que en supuestos tan claros y de discriminación débil como el presente, el derecho constitucional, a efecto de su ejercicio, convierte la antidiscriminatoria en una acción derivada del contrato de trabajo —suspendido por la excedencia— como en efecto es el caso, creo.

Y vuelvo a reiterar que la opción por este plazo, en cuanto más beneficioso, no parece desafortunada. Pero el tema clave resuelto, es claro, no es el del plazo de prescripción, sino el de la prescripción misma del derecho. Aparte, claro es también, del carácter discriminatorio de la situación de autos ya declarado por la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, que en este punto esencial se confirma.

* * *

«La cuestión que en el presente recurso se somete a nuestra decisión es sustancialmente idéntica a la resuelta ya mediante Sentencia de 14 de febrero de 1983 ... y de 23 de febrero de 1983 ... y guarda igualmente profunda analogía con la decidida por Sentencia de 18 de febrero de 1983.»

Telefónica IV es, por tanto, una continuación de *Telefónica I* y de *Telefónica III*, por razón de identidad, y de *Telefónica II*, por razón de analogía.

Siendo esto así, el comentario puede remitir a los recién hechos respecto de las decisiones precedentes. Estas indicaciones adicionales cabe hacer, quizá:

1.º En el resultando primero de la sentencia aparece la declaración clara y terminante de que en las sentencias que cita (6 y 16 de diciembre de 1980 y «5 de febrero y siguientes» de 1981), «el Tribunal Central de Trabajo acepta que dicha cláusula [art. 107, apartado c), de la Reglamentación de la Telefónica transcritos en el comentario a *Telefónica II* constituye una discriminación por razón del sexo, prohibida por el artículo 14 de la Constitución», dato de hecho histórico importante en cuanto demostrativo de que en el tema sustancial de fondo lo que hace el Tribunal Constitucional es confirmar la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo.

2.º En el considerando único se confirma que el plazo de prescripción es el de tres años del artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo, norma vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, *dies a quo* del plazo de prescripción.

3.º En el propio considerando se confirma también, y ya sin reiteración argumental que nos hallamos ante un derecho sujeto a prescripción: «Este derecho pudieron hacerlo valer durante todo el tiempo que la normativa en ese momento vigente ... les concedía para ello»; no después obviamente, por tanto, porque el derecho había prescrito.

* * *

Tampoco aquí era mi propósito penetrar en el bosque frondoso de la jurisprudencia constitucional ni sobre los principios constitucionales de igualdad y no discriminación ni sobre su aplicación a las relaciones de trabajo, que es donde se están planteando con más intensidad; alguna cuestión ya he abordado en otro lugar (la de los despidos discriminatorios, objeto de la sentencia en amparo de 23 de noviembre de 1981 [en *Las Fuentes del Derecho*, Madrid, 1981, páginas 178-184], que ha sido también estudiada por Carlos PALOMQUE, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, 1983) y el tema cuenta ya con un buen tratamiento general (de Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, *No discriminación en las relaciones laborales*, en el volumen IV de los comentarios al Estatuto dirigidos por Efrén BORRAJO, páginas 323-452). Quede para mejor oportunidad y menores premuras el que vuelva sobre esto, como en especial quiero no muy tarde hacerlo, aunque sólo sea por salir de la perplejidad y confusión en

que me ha sumido la Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, y su hallazgo de hombres presuntamente discriminados respecto de las mujeres. Quede también para mejor ocasión el análisis de las complejas y muy discutibles sentencias dictadas hasta ahora sobre la legitimación activa [*y pasiva*] en los procedimientos administrativos y en los procesos sobre conflictos colectivos de interpretación (sentencias 70/1982, de 29 de noviembre, y 37, 59 y 74/1983, de 11 de mayo y 6 y 30 de julio de 1983).

Como en cuanto a la más representatividad, sólo he querido perseguir la formación paulatina de una línea jurisprudencial, ahora la de la prescriptibilidad *secundum quid* de alguna versión de derecho fundamental: del de no discriminación en los casos.