

NOVEDADES DEL DECRETO DE 23 DE JULIO DE 1971

SUMARIO:

1. *Introducción.*—2. *Novedades introducidas por el Decreto:* 2.1. El artículo sexto. 2.2. El artículo séptimo. 2.3. El artículo octavo. 2.4. El artículo noveno. 2.5. El artículo diez. 2.6. Los artículos once y doce.—3. *Consideración final.*

I. INTRODUCCIÓN

El Decreto de 23 de julio de 1971, de la Presidencia del Gobierno, ha regulado el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos en su doble vertiente: a) Garantías frente a la actuación de la Empresa; y b) Garantías frente a la actuación de los organismos sindicales.

La primera vertiente, de protección de la relación jurídica laboral, se manifiesta, en el Derecho positivo, en normas de Derecho sustantivo de trabajo, pero, y sobre todo, en normas de Derecho procesal del trabajo.

El Decreto aparece refrendado por el vicepresidente del Gobierno, a propuesta de los ministros de Trabajo y de Relaciones Sindicales, con la motivación, que se invoca, de ser desarrollo de las garantías contenidas en la ley Sindical. Declara genéricamente derogadas —disposición final 2.^a— cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la presente disposición y, de modo expreso, al Decreto del Ministerio de Trabajo, núm. 1.484/1966, de 2 de junio, de garantías de cargos sindicales.

La no aparición de literatura o su desconocimiento por nuestra parte sobre las sorpresas que depara la simple lectura del Decreto de referencia, nos mueven —casi transcurridos seis meses desde su promulgación— a destacar las novedades que el Decreto proporciona a los magistrados de Trabajo y, en su día, al Tribunal Supremo, ciñéndonos exclusivamente a la glosa del capítulo I del título II, que lleva por encabezamiento el de: *Garantías relacionadas con la resolución o alteración del contrato de trabajo o medidas dis-*

ciplinarias, por su contenido estrictamente referido al contrato de trabajo y, coextensamente, al Derecho procesal del trabajo.

Las referencias al derogado Decreto de 2 de junio de 1966 son inevitables y nos remitimos, como punto de partida, al artículo de Ignacio Albiol Montesinos: *El ámbito de aplicación del Decreto de 2 de junio de 1966*, publicado en la REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL, núm. 86, de 1970.

2. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO

2.1. *El artículo sexto*

El artículo 6.º consagra que «los trabajadores que ostenten cargos electivos de representación sindical sólo podrán ser despedidos o afectados por otras sanciones inferiores en la Empresa a la que presten servicios con sujeción a las siguientes *formalidades*». En definitiva, las garantías se concretan en un puro requisito formal en todo idéntico, en su naturaleza, a la carta de despido, del artículo 97 de la ley de Procedimiento laboral, pero con distintos destinatarios —especialmente cualificados por ostentar cargos electivos de representación sindical— y con especiales normas de «procedimiento» en la constitución de dicho requisito formal que integran el «expediente».

Repite el Decreto, con otras palabras, lo que establece el artículo 107 de la ley de Procedimiento laboral, sancionando en su artículo 4.º, con la nulidad, no sólo la resolución de contrato, como el artículo 113 en la ley de Procedimiento laboral, sino «la imposición de sanción o la modificación de cualquiera de sus condiciones (del contrato)».

Veamos las formalidades de la formalidad; el expediente y las normas de su instrucción.

Artículo sexto, apartado a):

«Deberá preceder un expediente para la concreción de los supuestos hechos que lo motivan, con intervención de instructor y secretario. Cuando exista Jurado de Empresa, actuará de secretario quien lo sea del Jurado, salvo que éste sea el expedientado o el empresario tuviera reparos fundados a la actuación. En este último caso podrá el empresario efectuar la sustitución previa aquiescencia del presidente del Sindicato o entidad análoga de los que la Empresa sea miembro.»

Se establece una insólita discriminación normativa contra el expedientado, ya que la facultad de poner reparos al secretario del Jurado de Empresa (y del expediente) se otorga exclusivamente al empresario y no al trabajador, que también puede tenerlos, aunque no se le permita expresarlos. ¿Qué ocurrirá si el presidente del Sindicato o entidad análoga no concede su previa aquiescencia? El tema es sindical y lo soslayamos. Sobre la intervención de instructor y secretario ver artículo citado de Albiol, pág. 106, «R. P. S.», número 86.

Artículo sexto, apartado b):

«Con carácter cautelar, y por razones imperiosas de seguridad o disciplina colectiva, podrá el empresario, incoado el expediente, suspender de empleo y sueldo al expedientado, y éste recurrir contra el acuerdo ante la Magistratura de Trabajo; en los dos días siguientes a la notificación el magistrado citará a las partes a una comparecencia, que tendrá lugar dentro de los tres días siguientes y resolverá "in voce" sobre el mantenimiento o revocación de la medida, sin ulterior recurso.»

Pasando por alto la anómala posibilidad de suspender de empleo y sueldo al trabajador durante la tramitación del expediente, duramente criticada por la doctrina (1), en relación con su inclusión en el Decreto derogado de 2 de junio de 1966, que reaparece en el que comentamos, se establece ahora un no menos anómalo «recurso» contra esta decisión del empresario, no previsto en el título II de la ley de Procedimiento laboral, y al que, por lo tanto, habría que darle el trámite del procedimiento ordinario conforme al artículo 96 de la ley de Procedimiento laboral, que aparece contradicho por la exigencia de citación para comparecencia, audiencia dentro de tercer día y resolución *in voce*, sin ulterior recurso.

Lo que se trata de enjuiciar, además, no son cuestiones jurídicas, ni siquiera de hecho, sino, ni más ni menos, si concurren «razones imperiosas de seguridad y disciplina colectiva», consideraciones práctico-políticas, tanto más alejadas de la augusta función de juzgar, como próximas a las funciones de tal índole que pudieran corresponder a la autoridad laboral, mejor dotada de elementos inspectores auxiliares inestimables para la toma de decisiones, que

(1) ALBIOL: Ob. cit., pág. 105, y su referencia a ALMANSA: *El despido nulo*, páginas 188 y sigs.

evitarían, además, el evidente riesgo de prejuzgar en que se pone al magistrado.

Son demasiadas especialidades las que, a nuestro modesto juicio, introduce el precepto. Téngase en cuenta que aunque contra la resolución del magistrado de Trabajo no cabe recurso, lo que no es del todo cierto, puesto que cuando se resuelva la cuestión principal, en el procedimiento sobre el fondo puede darse la posibilidad de contradicción entre la resolución cautelar de suspensión, acordada o denegada, y un fallo que deniegue o admita, respectivamente, la pretensión de fondo, con la posibilidad teórica de que el magistrado haya admitido la suspensión de empleo y sueldo, y en la cuestión de fondo autorice al empresario a imponer, dentro de los límites que le señale, otra sanción menor. Pues bien, en este caso (artículo 6.º, apartado g) del Decreto) el empresario será condenado a abonar al trabajador todos los devengos dejados de percibir durante la suspensión, «pudiendo» incrementarse hasta un 50 por 100 los correspondientes al tiempo de tramitación del expediente, a «juicio» del magistrado. Obsérvese que la suspensión la ratificó el magistrado y, no obstante, los devengos los abona el empresario, que actuó amparado por la decisión del magistrado. Afortunadamente, en cuanto al recargo del 50 por 100, el Decreto fue prudente al introducir las expresiones discretionales, «pudiendo» y a «juicio del magistrado». Desde luego, repetimos, tan anómalo trámite, no aparece regulado en la ley de Procedimiento laboral.

Ningún comentario necesitan los apartados c) y d) de este artículo 6.º, de contenido sindical el primero y preprocesal el segundo (2).

Artículo sexto, apartado e):

«Transcurridos treinta días a partir de la iniciación, el interesado podrá pedir que se concluya el expediente, haciéndolo directamente o a través de su organización profesional, y si transcurrieren otros quince días sin haberse concluido las actuaciones con formulación de propuesta ante la Organización Sindical, el expediente quedará invalidado y archivado, sin posibilidad de ulterior sanción por el mismo hecho.»

Veamos lo que al respecto establece la ley de Procedimiento laboral: Artículo 107 «...será preceptiva la previa instrucción de expediente en el plazo máximo de un mes...». En cuanto a plazo no hay, de momento, novedad.

(2) ALBIOL: Op. cit., págs. 105 y sigs., en nota.

Lo que sí es nuevo es la posibilidad de que el interesado inste la conclusión, una vez transcurridos los treinta días, bien por sí mismo, bien a través de su organización profesional.

La verdadera novedad, sin embargo, estriba tanto en el plazo, inventado por el Decreto, de quince días, para que efectivamente se concluya el expediente, como, y sobre todo, en los efectos que se encadenan a la no formulación de propuesta de sanción después de urgirse la conclusión. Efectivamente, el precepto impone que «el expediente quedará *invalidado*», o lo que es lo mismo, no válido o nulo y al ser nulo y haber expirado el plazo máximo de un mes el empresario no parece poder iniciar legalmente otro expediente, con lo que es del todo lógica la conclusión a que llega el Decreto «sin posibilidad de ulterior sanción por el mismo hecho».

Evidentemente, el Decreto es consecuente consigo mismo, lo que no quiere decir que lo sea con la ley de Procedimiento laboral, que en su artículo 113 establece la *nulidad de los despidos* por faltas de trabajadores con cargo sindical a los que no se les haya instruido expediente, pero no establece la nulidad del expediente tramitado fuera de plazo. Más aún, lo que la ley de Procedimiento laboral establece, es, precisamente, todo lo contrario. Veamos: Artículo 113 de la ley de Procedimiento laboral, párrafo segundo: «Si los expedientes fueran tramitados fuera de los plazos marcados serán válidos, debiendo resolverse en cuanto al fondo».

¿Qué es lo que ocurre? Sencillamente que el Decreto está modificando el Derecho sustantivo y deduciendo consecuencias procesales propias. Se sanciona a la Empresa perezosa con una prescripción —¿o caducidad?— fatal del ejercicio de las facultades disciplinarias y rescisorias, una vez que conoce la existencia de la causa de despido —por conocerla inicia el expediente— que produce una «degradación de la causa de despido» (3) para lo que no hay en la ley de Contrato de trabajo indicación concreta de tiempo. Pero, y esto es lo que conviene retener, se invalida el expediente y se sanciona a la Empresa fuera de la ley de Procedimiento laboral.

La ley de Procedimiento laboral, consecuente con su declaración de validez del expediente, tramitado fuera de plazo, ordena al magistrado «incluso de oficio» imponer una sanción de carácter económico, si la Empresa fuera la culpable del retraso —en el Decreto se presume que lo es— no superior a la permitida para los casos de temeridad o mala fe —aquí hay un fundamento jurídico— a la que se dará el destino legal (art. 113 a) y reconocer al trabajador el percibo del importe íntegro de todos sus emolumentos durante el

(3) En terminología de ALONSO OLEA, que trata atinadamente el problema del tiempo del despido. Vid: *Derecho del trabajo*, Madrid, 1971, pág. 219.

tiempo comprendido entre el día en que el expediente debió quedar terminado —treinta días a contar de su iniciación— y aquél en que se inició la acción ante la Magistratura o se notifique el despido, debería decir propuesta de despido (art. 113 b).

Nada nos aclara el Decreto sobre lo que ocurre si el interesado no pide la conclusión del expediente. ¿Es preceptiva la petición para que se produzca la invalidez del expediente? Parece que sí, y esto es lo que da a entender la redacción del Decreto que no establece un plazo automático de cuarenta y cinco días, sino de treinta días, más otros quince días desde la intimación a la conclusión del expediente. Tampoco dice el Decreto qué efectos tiene la conclusión «fuera», o después, de los treinta días de iniciado el expediente y «dentro» de los quince días de «prórroga» que el Decreto concede. Estimamos que ello queda dentro del juego de los apartados a) y b) del artículo 113 de la ley de Procedimiento laboral.

Artículo sexto, apartado f):

«Terminado el expediente en el plazo reglamentario, si el empresario quisiera hacer uso de sus facultades disciplinarias lo remitirá, con la correspondiente propuesta al Sindicato o entidad sindical asimilada a que la Empresa pertenezca, dentro de los cinco días siguientes dicho Sindicato unirá al expediente su informe con los elementos de juicio que estime oportunos, *especialmente* el testimonio de los vocales del Jurado de Empresa o, en su caso, de los enlaces sindicales y por conducto de la Delegación Provincial de la Organización Sindical dará traslado de todas las actuaciones a la Magistratura de Trabajo para su resolución.»

La remisión al Sindicato o entidad sindical asimilada es terminología acorde con la ley Sindical, que ha dotado de personalidad jurídica a determinadas agrupaciones —en sentido genérico— profesionales. No es por ello la Delegación, sino el Sindicato quien informa y une los elementos de juicio que estima oportunos, *especialmente* —no preceptivamente— el testimonio de Jurado de Empresa o enlaces; el expediente se remite «por conducto» de la Delegación Provincial.

Llamamos la atención sobre el desplazamiento de la competencia de informar de la Delegación Provincial (art. 109 de la ley de Procedimiento laboral) hacia el Sindicato o entidad sindical asimilada; el desplazamiento es:

—sustantivamente— de enorme trascendencia sindical, pues sustituye al delegado provincial por una entidad colegiada y representativa.

El plazo de cinco días es el mismo del artículo 109 de la ley de Procedimiento laboral, con lo que desaparecen los inconvenientes del de ocho días que fijaba el Decreto derogado (2 de junio de 1966) en su artículo 5.º

De Derecho sustantivo es también el requisito, del mismo apartado del artículo que comentamos, referido al voto favorable de las tres cuartas partes de los vocales representantes del capital, cuando el trabajador forme parte del Consejo de administración.

Artículo sexto, apartado g):

«Recibido el expediente en la Magistratura, se dará al proceso el trámite del procedimiento ordinario.»

Repito el texto del artículo 110 de la ley de Procedimiento laboral y aclara la confusión que pudo producirnos la lectura del artículo 4.º del Decreto, que ordena, so pena de invalidez, observar «el procedimiento especial» que el Decreto establece. Técnicamente la distinción es clara. En el artículo 4.º se refiere a «procedimiento», esto es, a trámite especial del expediente, y el que comentamos, a «proceso» jurisdiccional ordinario. Sigue el precepto diciendo:

«La Magistratura podrá declarar la procedencia o absoluta improcedencia de la sanción propuesta, o bien autorizar al empresario para que dentro de los límites que le señale imponga otra sanción menor.»

El precepto, con ligeras variantes —distingue ahora la absoluta improcedencia, de la que sólo es parcial—, procede del Decreto de 2 de junio de 1966 (4).

También procede de aquel Decreto lo que sigue:

«En los dos últimos supuestos, si se hubiese suspendido de empleo y sueldo al expedientado, el empresario será condenado a abonar al trabajador todos los devengos dejados de percibir durante la suspensión, pudiendo incrementarse hasta un 50 por 100 los correspondientes al tiempo de tramitación de expediente a juicio del magistrado.»

(4) Nuevamente remitimos a «R. P. S.», núm. 81, págs. 107 y 108.

Ya criticamos anteriormente las consecuencias de sancionar la suspensión cuando, según el Decreto vigente (art. 6.º, apartado b), el acuerdo de la Empresa haya sido ratificado por el propio magistrado, con lo que, en estos casos, la norma deviene ineficaz porque el magistrado no va a condenar sus propios actos por cuenta ajena.

En los supuestos en que el acuerdo de suspensión de empleo y sueldo, acordado por la Empresa, no haya sido objeto del especialísimo recurso que arbitra el Decreto, puede darse la aplicación del precepto, pero «fuera» de la ley de Procedimiento laboral, que no autoriza tal sanción de recargo económico que no aparece fundamentada en temeridad o mala fe, y que, anómalamente, no tiene el destino legal de las multas de carácter social, como sería lógico, sino el increíble destino del bolsillo del propio trabajador.

Sólo dejamos apuntadas las anormalidades y la posibilidad de recurso incoado por el empresario contra la sanción de recargo económico, no derivada de la ley de Procedimiento laboral.

Artículo sexto, apartado h):

«En el proceso podrá comparecer *como coadyuvante* la organización profesional de la que sea miembro el representante sindical, cuando en la cuestión planteada tenga *interés* la entidad sindical respectiva.»

La ley Sindical establece (art. 3.º) que «son organizaciones profesionales las Uniones y los Consejos que tengan por objeto la representación, defensa y fomento de los intereses de quienes las componen, y las Agrupaciones y Asociaciones de empresarios, técnicos y trabajadores que en aquéllos se integran». Así pues, Uniones, Consejos, Agrupaciones y Asociaciones son organizaciones profesionales. Es característico de ellas, en la nueva ley Sindical, el tener o poder tener atribuida personalidad jurídica y capacidad de obrar, cumpliendo determinados requisitos internos sindicales.

Esbozadas *cuáles* son las organizaciones profesionales, sin entrar en *qué* o *cómo* sean, lo atrayente es su concepción como posibles coadyuvantes y el condicionamiento de esta posibilidad de actuación a que «tengan *interés*», sin mayor concreción de la naturaleza jurídica o no de ese interés, que la ley Sindical tampoco matiza, en general, aunque, por ejemplo, en particular, refiriéndose a las uniones (art. 19-a) les asigna como función «la representación, gestión y defensa de los intereses económicos, sociales, laborales y profesionales de sus miembros». Vemos, pues, que el interés puede ser muy

variado y no siempre estrictamente jurídico, pero lo que más impacta es el carácter o la calidad para comparecer en juicio, como *coadyuvante*, situación o posición netamente administrativa y escasamente jurisdiccional, lo que nos hace pensar que los redactores del proyecto del Decreto son de origen administrativo, a lo sumo, y no del campo de la jurisdicción, con lo que, además, se aparta el Decreto, a nuestro modesto juicio, del carácter con que la ley Sindical pretende que se cumpla esta función, esto es: como representante, gestor o defensor, no como coadyuvante.

Desde luego, la figura del coadyuvante es totalmente desconocida, nos parece, en el proceso laboral (5) como en el proceso civil. La coadyuvantía es una manifestación de la intervención adhesiva por la que un sujeto se halla ligado secundariamente a la posición de otra parte principal, cooperando o colaborando con ella de un modo instrumental simplemente (6). Para Guasp ha de existir un interés que los Tribunales juzguen digno de protección y es característico que el coadyuvante aparezca en un momento, no de iniciación ni de terminación, sino de desarrollo del proceso. Cita Guasp ocasiones en que la ley de Enjuiciamiento civil habla de coadyuvante, artículos 1.276, 1.328 y 1.394, pero estima que se refieren a casos de litisconsorcio impropia-mente necesario.

La figura es de Derecho administrativo, el artículo 30 de la ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que «podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del *demandado*, cualquier persona que tuviere interés *directo* en el mantenimiento del acto o disposición que motivan la acción contencioso-administrativa», y que «también podrá intervenir

(5) La única excepción aparece, técnicamente, en el artículo 185 de la ley de Procedimiento laboral al regular el recurso en interés de la ley. Según el artículo: «La Delegación Nacional de Sindicatos, aunque no haya sido parte en el pleito, será emplazada para que intervenga, si lo desea, en el recurso, *coadyuvando* a la impugnación de la sentencia recurrida. El supuesto es muy distinto. Se trata de contribuir a la producción de doctrina legal, coadyuvando al Ministerio Fiscal y defendiendo, sin ser parte, intereses exclusivamente jurídicos. Respecto a la opinión que el propio recurso en interés de la ley merece a la doctrina, valga por todos (MANUEL ALONSO OLEA: *Derecho procesal del trabajo*, Madrid, 1969, pág. 171). «La ley de 22 de diciembre de 1949, incorporada después a la ley de Procedimiento laboral, resucitó entre los procesos impugnatorios de trabajo la institución anómala y en desuso en nuestro Derecho procesal civil —no así en el contencioso-administrativo, que admite "en interés de la ley... un recurso de apelación extraordinario"; ley de 27 de diciembre de 1956, artículo 101— en recurso en interés de ley, tan duramente criticado por la doctrina que, en su versión civil, no encuentra para él "justificación dogmática aprovechable" y lo ve como con finalidad "completamente alejada de las verdaderas preocupaciones judiciales".»

(6) Vid. GUASP: *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1968, págs. 208 y 209.

como coadyuvante de la Administración que demandare la anulación de sus propios actos lesivos quien tuviere *interés directo* en dicha pretensión». Las distancias entre las situaciones administrativas y las jurisdiccionales, son, por ahora, tan marcadas que, sinceramente, creemos que la introducción del término coadyuvante en el texto del Decreto se debe a un error de imprenta. Esto supuesto no deja de ser anómalo y desigual que la posibilidad de comparecer se otorgue a la «organización profesional de la que sea miembro el representante sindical», y no se otorgue, en contrapartida, a la organización profesional de la que sea miembro el empresario cuando éste no sea representante sindical económico, el trabajador lo es por definición.

Creemos haber sido benévolos.

Artículo sexto, apartado i):

«De la sentencia se remitirán testimonios a la autoridad laboral de la provincia y a la Delegación Provincial de la Organización Sindical.»

Parece que de «todas» las sentencias, en la ley de Procedimiento laboral sólo «de toda sanción que se acuerde» (art. 110).

2.2. El artículo séptimo

Artículo séptimo, apartado uno:

«Si la Magistratura de Trabajo declara la improcedencia del despido, corresponderá siempre al representante sindical la opción entre la readmisión o la indemnización correspondiente, con independencia del censo laboral de la Empresa y de que la sanción se promueva por supuesta participación en un conflicto colectivo.»

Es notorio que el Decreto incide en el mismo propósito que su antecesor de 2 de junio de 1966, de establecer un régimen distinto respecto al ejercicio del Derecho de opción que regulan la ley de Procedimiento laboral, en su artículo 103, y la ley de Contrato de trabajo, artículo 80, que atribuyen la opción al empresario o al trabajador, en función del número de trabajadores fijos (menos o más de cincuenta), y al empresario, en todo caso, si el despido

ha sido motivado por la supuesta participación del trabajador en un conflicto colectivo con inobservancia de las normas legales vigentes.

Afirma Albiol Montesinos, de quien transcribimos (7) que «con muy buen criterio, la doctrina se ha pronunciado por la prevalencia en este punto del Decreto sobre el T. R. P. L., y ello por una serie de razones:

1) Si pese a que parece que en materia de despidos especiales en el T. R. P. L. las consecuencias de la declaración de improcedencia deben regirse por lo dispuesto en el artículo 103, dicha adaptación no puede ser sino forzada en cuanto que técnicamente, declarada la improcedencia del despido común, éste ya se había producido, mientras que la declaración de improcedencia de la propuesta de despido en los especiales, supone que el despido no ha tenido lugar...».

Creemos que se debe profundizar un poco más, sólo muy poco, para llegar a la conclusión de que lo que la Magistratura *no puede* es «declarar la improcedencia del despido», como, «tampoco, atribuir opción alguna al trabajador cargo sindical».

No puede declarar la improcedencia del despido porque si ya «hay» despido, sin expediente, la declaración que se impone es la de nulidad (art. 113), y si hay procedencia o improcedencia la habrá de «la propuesta de sanción», pero el despido, como Albiol señala, no ha tenido lugar.

Si lo que se declara es la procedencia de la sanción propuesta (de despido), su efecto será el general de declarar resuelto el contrato de trabajo sin derecho a indemnización (art. 103 de la ley de Procedimiento laboral), con lo que no hay opción posible, sino ejecución de lo resuelto por el magistrado.

Si lo que se declara es la improcedencia «de la sanción propuesta», la sanción no podrá imponerse, no «hay» despido, ni lo ha habido nunca, y tampoco hay opción. O el trabajador sigue trabajando, como lo hacía, sino hubo suspensión de empleo o, a lo sumo, cesa en la suspensión y se reintegra al trabajo, sin que, en ningún momento, haya sufrido fractura la relación laboral.

Por ello, aparte la sorpresa que inicialmente produce el precepto, no se trata sino de un caso más de impotencia funcional del Decreto. Distintos son los efectos de la posible no readmisión, tras la suspensión o el supuesto mantenido del despido nulo, ambos, creemos, de imposible solución por vía del incidente de no readmisión que técnicamente requiere un «despido improcedente» que, según analizamos, no puede producirse.

Esta es, precisamente, la imposible solución que el artículo 7.º, 2, del Decreto pretende dar a la inexistente de readmisión o readmisión discrimi-

(7) Op. cit., pág. 109.

natoria, al remitir a los artículos 208 al 214 de la ley de Procedimiento laboral.

Quizá la solución esté fuera del Derecho del trabajo en la configuración de un nuevo delito social de desobediencia a las leyes o a la jurisdicción del trabajo, con una sanción por conducta antisocial, que englobe una indemnización adecuada para el trabajador.

El apartado 3 del artículo 7.º, consecuente con la línea del Decreto de estimar posible la opción de readmisión, contiene una inversión de la regla general de considerar desempleo voluntario, no protegido, el que se produzca cuando el trabajador no haya ejercitado su derecho de readmisión. Modifica, en lo que sea posible, el apartado c) del artículo 4.º de la Orden de 5 de mayo de 1967, reguladora del desempleo en el régimen general de la Seguridad Social.

Artículo séptimo, apartado cuatro:

«En los recursos de casación que se articulen contra sentencias dictadas por la Magistratura del Trabajo, aceptando las propuestas de despido del trabajador representante sindical, *la integridad de actuaciones del expediente* instruido por la Empresa conforme al artículo 6.º de este Decreto, *tendrán consideración documental cualquiera que sea la naturaleza*, a los efectos del número 4 del artículo 166 del texto refundido.»

He aquí un nuevo intento demoledor de los principios de oralidad y libre valoración de la prueba, que se dicen, informadores del proceso laboral. Lo que en el acta del juicio no ha conseguido, tener valor documental, lo consigue, por Decreto, el expediente instruido por la Empresa, pero lo trascendente no es tanto este reconocimiento como la extensión que se opera, al otorgar carácter documental a actuaciones de otro tipo, como las declaraciones de los testigos incorporadas al expediente.

Con ello se hace primar lo que los testigos manifiesten en el expediente sobre lo que, con mayor garantía, puedan manifestar ante el magistrado, ya que si el magistrado, oídos los testigos, lleva a los hechos probados sus manifestaciones, y éstas son contrarias, o simplemente distintas, a lo que manifestaron en el expediente, siempre quedará abierta la posibilidad de recurso de casación por infracción de ley al amparo del número 5 del artículo 167, por existir aparente error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de pruebas documentales —el expediente lo es— obrantes en autos

que demuestren la equivocación evidente del juzgador. Por este camino, la base para la resolución del magistrado no es lo «oído» por él en el juicio, sino lo que no oyó, o a pesar de lo que oyó, lo que conste en el expediente.

Por otra parte, el precepto es desafortunado en otros aspectos, así parece decirse que el expediente tiene consideración documental sólo cuando se articulen recursos contra sentencias «aceptando las propuestas de despido». ¿Es que no tiene este valor cuando la resolución sea denegatoria de la propuesta y quien quiera recurrir sea la Empresa?

2.3. *El artículo octavo*

Contempla este artículo las discriminaciones o represalias ejercidas por el empresario a sus dependientes que impidan o dificulten el normal y libre ejercicio de las funciones propias del cargo sindical o perjudiquen sus intereses o derechos laborales dentro de la Empresa.

Entendemos que sólo cuando haya perjuicio de interés laboral o de derechos de la misma índole el conflicto tendrá acceso a la jurisdicción del trabajo. La protección de las funciones propias del cargo sindical (no laborales), difícil acceso y peor solución tienen en Magistratura. Así parece entenderlo el precepto que permite la denuncia al Sindicato o entidad de que sea miembro el trabajador, sin que allí encuentre solución el problema, puesto que se rebota hacia la Magistratura o hacia la autoridad laboral.

En su apartado 2, sin llamarle así, se acude otra vez a la figura del coadyuvante, que no entendemos, admitiendo la comparecencia de la organización profesional a discutir intereses que no parecen ser exclusivamente jurídicos.

El apartado 3 es una aspiración a lo imposible: «Si la Magistratura de Trabajo aprecia la existencia de los actos abusivos o discriminatorios, resolverá lo que proceda para que cesen y evitar su repetición». Creemos, sin necesidad de mayor exposición, que la única solución, no policial, es ir, cuando el trabajador lo solicite, a la declaración de dimisión provocada del artículo 78, apartado e), de la ley de Contrato de trabajo.

2.4. *El artículo noveno*

El apartado 1 se refiere a supuestos de regulación de empleo de la competencia de la autoridad laboral, que no precisan comentario.

Apartado dos:

«El traslado de estos trabajadores, *no motivado* por sanción, deberá comunicarlo el empresario por escrito, con expresión del hecho que lo motiva y la fecha prevista para llevarlo a cabo y diligencia acreditativa de la notificación. Contra el acuerdo de traslado podrá reclamar el interesado ante la Magistratura de Trabajo en los dos días siguientes a la notificación, cuyo plazo se ampliará a cinco días si reside en localidad distinta de la de radicación de la Magistratura, quedando en suspenso la ejecución del traslado hasta la resolución de la reclamación. El acuerdo del magistrado es irrecurrible.»

Hemos leído bien, dice «el traslado *no motivado por sanción*», como ya decía el Decreto de 2 de junio de 1966, ampliando lo que, en el artículo 107, sólo es posible como «consecuencia de faltas en el trabajo». Por un exceso de celo, la facultad empresarial de organizar el trabajo, principio positivamente reconocido con carácter general en todas las Reglamentaciones, queda en nada cuando afecta a cargo electivo sindical o, en nada mientras no acredite la Empresa que la medida no tiene carácter discriminatorio, para lo que hubiera servido el procedimiento genérico establecido en el artículo 8.º El empresario, pues, necesita autorización previa para realizar actos lícitos. No responde ante el Estado, sino que debe esperar su respuesta.

2.5. *El artículo diez*

(En)

«Todos los procedimientos en los que se alegue por los trabajadores que la resolución del contrato de trabajo o la modificación de las condiciones laborales tienen carácter discriminatorio, en razón a su actividad sindical, corresponderá al empresario la obligación de probar que los actos determinantes de la supuesta discriminación están justificados.»

Sólo es una suspicacia más contra la Empresa española —la presunción es su malicia— en cuya virtud la simple alegación de una supuesta discriminación invierte la carga de la prueba. El precepto parece ignorar que la modificación de las condiciones laborales estaba regulada por el Decreto de 26 de enero de 1944.

2.6. *Los artículos once y doce**Apartado uno:*

«La protección concedida en este capítulo a los cargos sindicales electivos se extiende en el orden temporal desde el momento de la proclamación como candidato hasta dos años después de la cesación del mandato.»

El Decreto modifica, ampliándolo, al de 1966, no sólo en cuanto al ámbito personal, sino en cuanto al temporal. En el anterior, las garantías estaban referidas a «los trabajadores que ostenten el cargo de enlace sindical, vocal, Jurado de Empresa o cualquier otro electivo de origen sindical», había que «ostentar» el cargo, lo que se identificaba con la toma de posesión del mismo cargo. En el actual, las garantías se extienden a los «candidatos» proclamados, aunque no ostenten ni lleguen a ostentar la condición de cargo electivo.

En el orden temporal, la protección alcanzaba desde la elección (art. 2.º-1 del Decreto de 1966), durante el ejercicio de los cargos y por todo el año siguiente a la fecha del cese (art. 5.º-1, de 1966).

En el actual Decreto la protección de los candidatos va desde su proclamación como tales candidatos hasta su derrota electoral. La de los elegidos, que eran, por supuesto, candidatos, se perpetúa durante el ejercicio y hasta dos años después de la cesación del mandato (art. 11-2).

La ley de Procedimiento laboral, en su artículo 110, sólo prorroga la protección hasta un año después del cese en los cargos.

El artículo 12 se refiere a la regulación de situaciones de excedencia de puro Derecho sustantivo que resultan irrelevantes para nuestro propósito de comentario.

3. CONSIDERACIÓN FINAL

Deliberadamente hemos eludido hasta ahora afrontar el problema en su verdadera dimensión y en su preciso encuadre. Hemos ido señalando que las modificaciones intentadas por el Decreto de la ley de Procedimiento laboral están «mal hechas», para concluir que, a nuestro juicio, ni siquiera «están hechas».

Como intento de modificación el Decreto es un fracaso, pero no por los

defectos señalados —de importancia—, sino simplemente por impotencia jerárquica.

Deliberadamente, también, hemos hablado siempre de «ley» de Procedimiento laboral, no del texto refundido de Procedimiento laboral o del Decreto de 21 de abril de 1966, o del texto articulado de la ley de Bases de la Seguridad Social, en oposición jerárquica a «Decreto» de 23 de julio de 1971.

Promulgado el Decreto 909/1966, de 21 de abril, en virtud de la delegación concedida al Gobierno en el artículo 2.º de la ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno y de la Organización Sindical, su naturaleza es la de una *disposición con fuerza de ley*, a tenor del artículo 10-4 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957. Estamos a presencia de una *ley delegada* o *ley material* o *ley ordinaria*; como tal ley, una vez agotada la delegación de las Cortes —y estimamos que el Gobierno agotó la delegación al promulgar el Decreto 909/1966, de 21 de abril—, su rango queda por encima de las disposiciones administrativas —ejercicio de facultades reglamentarias de la Administración, no legislativas—, aunque ostenten el mayor rango posible de Decreto, como en el caso que contemplamos.

El principio de seguridad jurídica —transcribimos de Alonso García— (8) se afirma, en nuestro Derecho, desde dos planos: en el orden constitucional, por el Fuero de los Españoles; en cuanto al régimen jurídico mismo, por la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado. En aquél se determina —art. 17— que «los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica», y que, por tanto, «*todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas*», que «no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas». La misma ley (R. J. A. E.) dispone que «*la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes*» —art. 26—, declarándose «*nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que infrinjan lo establecido en los artículos anteriores*» —art. 28—.

Con valor constitucional el orden jerárquico de prelación de normas aparece consagrado en la ley Orgánica del Estado; del artículo 41 de la ley Orgánica del Estado y del 23-2 de la ley de Régimen jurídico de la Administra-

(8) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho de trabajo*, Ariel; 3.ª ed., Barcelona, 1971, pág. 265.

ción del Estado, el orden de las fuentes de origen estatal, jerárquicamente establecido, es el siguiente:

- 1.º Leyes constitucionales.
- 2.º Leyes ordinarias (formales o materiales, ley delegada).
- 3.º Decretos-leyes.
- 4.º Decretos.
- 5.º Ordenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno.
- 6.º Disposiciones de autoridades y órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.

La ley de Procedimiento laboral ocupa, en esta gradación, el segundo lugar; el Decreto de garantías sindicales, el cuarto. Que ello es así se deduce, además, del artículo 2.º de la ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, que estableció la oportuna delegación legislativa en los siguientes términos:

«El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical y el dictamen del Consejo de Estado, aprobará en el plazo de dos años el texto o textos articulados en desarrollo de las Bases que en esta ley se establecen, *los cuales no podrán ser modificados o derogados sino por otra ley...*»

Que el Decreto que comentamos no es una ley, es axiomático. Que es ejercicio de facultades reglamentarias de la Administración parece, también, indudable, porque si se hubiese pretendido dictar una disposición con fuerza de ley, hubiese sido preceptivo el dictamen del Consejo de Estado —art. 10-4 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado— y no simplemente la deliberación del Consejo de Ministros. Formalmente así se hizo para modificación tan parca como fue la de elevar el tope de la cuantía entre los recursos de suplicación y casación, de 100.000 a 200.000 pesetas, en el Decreto 2.489/67 de 11 de octubre.

Este posible conflicto normativo, en aspectos parciales, no lo hemos descubierto nosotros, lo hemos encontrado insinuado con claridad en el repetido artículo de Ignacio Albiol Montesinos, que, a su vez, lo recoge de Almansa Pastor en *El despido nulo*, y referido al Decreto de 2 de junio de 1966, lo mismo en Montoya, *La representación sindical*.

La jurisprudencia —con relación al Decreto derogado— ha señalado la prevalencia del Decreto sobre la ley de Procedimiento laboral en sentencias

del Tribunal Supremo de 14 y 25 de abril de 1967, y en la de 29 de mayo de 1967; por el contrario, en la de 9 de octubre de 1968, declara que «...aunque se entendiera a efectos exclusivamente polémicos que se estaba contemplando el caso de normas legales antinómicas..., en definitiva tendría que prevalecer lo dispuesto en el texto articulado procesal, con rango de ley, sobre lo que contrariamente pudiera disponer el Decreto de 2 de junio, que con rango normativo inferior estableció un régimen de garantías para los trabajadores que ostentaran cargos sindicales».

Entendemos que esta es la dirección correcta y, sospechamos, que cabe dar un paso más: *solicitar la nulidad de pleno derecho, al menos, del capítulo I del título II del Decreto 1.878/71, de 23 de julio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 de la ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado, 47 de la ley de Procedimiento laboral y Orden de 12 de diciembre de 1960.*

«Quien corresponda», tiene la palabra.

MANUEL BOIX MULET