

LA CONSIDERACION IGUAL DE LOS IGUALES

Una empresa en formación, a los pocos meses de vida, contaba con más de doscientos empleados. La contratación de éstos no se hacía siempre atendiendo a circunstancias objetivas, interviniendo decisivamente, en ocasiones, para asignar el sueldo, factores que nada tenían que ver con la aptitud del trabajador. La tipificación de funciones, racionalmente concebida, no alcanzaría más allá de seis o siete modalidades, pero la escala de remuneraciones rebasaba la veintena de peldaños. Ello daba lugar a un clima de descontento, ya que los que, realizando igual trabajo que otros, cobraban menos se consideraban injustamente preteridos. Por supuesto, todos los empleados percibían remuneraciones que rebasaban el salario mínimo.

Ante el jefe de la empresa era frecuente la escena en que uno de los preteridos exponía dolida y respetuosamente la situación, que calificaba vejatoria; cuando había finalizado sus argumentos y esperaba oír al jefe, éste le entregaba un rectángulo de cartón al cual estaba adherido un recorte impreso, mientras decía con voz cansada: «Por favor, lea despacio y atentamente.»

El trabajador protestante se dedicaba un momento a la lectura, y devolvía, perplejo, el cartón, mientras el empresario le decía, al mismo tiempo que le daba la mano para despedirle: «Creo, querido Fulano, que la cosa está bien clara y que yo puedo contratar a un empleado en las condiciones que me dé la gana sin tener que dar cuenta a los demás trabajadores. Cuando incumpla el contrato que suscribí con usted, venga a reclamar.» Y nadie reaccionaba, al menos de momento, frente a la enérgica actitud del empresario. El recorte impreso contenía, exclusivamente, los versículos 1 a 16 del capítulo 20 del Evangelio según San Mateo.

Recordemos en su integridad el texto evangélico:

«El Reino de los Cielos se parece a un padre de familia que al romper el día salió a alquilar jornaleros para su viña, y ajustándose con ellos en un denario por día enviólos a su viña. Saliendo después cerca de la hora tercia, se encontró con otros que estaban mano sobre

mano en la plaza, y díjoles: andad vosotros también a mi viña y os daré lo que sea justo. Y ellos fueron. Otras dos veces salió a eso de la hora sexta y de la hora de nona e hizo lo mismo. Finalmente, salió cerca de la hora de undécima y vió a otros que estaban todavía sin hacer nada y les dijo: ¿Cómo os estáis aquí ociosos todo el día? Respondiéronle: Es que nadie nos ha alquilado. Díjoles: Pues id también vosotros a mi viña. Puesto el sol, dijo el dueño de la viña a su mayordomo: Llama a los trabajadores y págales el jornal empezando desde los postreros y acabando en los primeros. Venidos, pues, los que habían ido cerca de la hora undécima, recibieron un denario cada uno. Cuando al fin llegaron los primeros, se imaginaron que les daría más. Pero, no obstante, éstos recibieron igualmente cada uno un denario. Y al recibirlo murmuraban contra el padre de familia diciendo: Estos últimos no han trabajado más que una hora y los has igualado con nosotros que hemos soportado el peso del día y del calor. Mas él por respuesta, dijo a uno de ellos: Amigo, yo no te hago agravio. ¿No te ajustaste conmigo a un denario? Toma, pues, lo que es tuyo y vete; yo quiero dar a éste, bien que sea el último, tanto como a ti. ¿Acaso no puedo yo hacer de lo mío lo que quiero? ¿O ha de ser tu ojo malo o envidioso porque yo sea bueno? De esta suerte los postreros en este mundo serán los primeros en el Reino de los Cielos; y los primeros, postreros. Muchos, empero, son los llamados; mas pocos los escogidos.» (Versión Torres Amat.)

La cuestión que proponemos es de sencillo enunciado: ¿Cabe aplicar, en Derecho laboral, por un empresario a sus trabajadores, criterio análogo al que el amo del Evangelio aplicó a sus viñadores, tal como lo hacía el jefe de empresa en la escena descrita?

Nosotros entendemos que, al menos en los términos absolutos con que la adoptaba aquel jefe de empresa, no puede aplicarse al Derecho del Trabajo la doctrina que, referida a cuestiones mucho más trascendentes, contiene la parábola de los denarios (1). Pero también comprendemos que no cabe suscri-

(1) El sentido exclusivamente escatológico de la parábola de los denarios es universalmente convenido por todos los exégetas. Sin recurrir a los clásicos, aportamos, por su claridad y sencillez extremas, un reciente comentario en que igualmente se aprecia aquel sentido:

«La parábola de los trabajadores en la viña es la parábola de la liberalidad de Dios. El dueño de la viña sale a contratar trabajadores parados desde las primeras horas de la mañana hasta casi la caída de la tarde. No busca el rendimiento de sus obreros; quiere evitar su situación de paro. Jesús había enseñado con palabras y obras que el Reino de

bir absolutamente el opuesto criterio, que en términos de este mundo, en los supuestos de la parábola entrañaría para el amo de las viñas la obligación de abonar a sus trabajadores el salario que resultara de multiplicar por las horas trabajadas el módulo salario-hora de los viñadores reclutados a la hora undécima; o, como alternativa, el abono a éstos y a todos los que no hicieron «jornada completa», de un salario matemática y proporcionalmente reducido en relación con el disfrutado por quienes se ajustaron los primeros, «muy de mañana».

La cuestión, interesantísima por el infinito despliegue de posibilidades y matices que en la realidad laboral se dan y pueden darse en torno a ella, nos lleva a considerar un principio jurídico de carácter general, pero especialmente consagrado en alguna legislación y doctrina extranjera para el Derecho del Tra-

Dios es el reino de todos. Ahora nos revela esa insistencia de la llamada de Dios a todas las horas del día, en todas las edades de la vida, en todas las épocas de la historia. Dios no desahucia a ningún hombre, siempre es hora para convertirse a El.

»Al final de la jornada, los trabajadores de la hora undécima reciben un denario. Por pura liberalidad del dueño de la viña, ya que un denario correspondía al trabajo de todo un día. La salvación en el Reino de Dios no es fruto de nuestra condición ni de nuestro trabajo, sino de la bondad misericordiosa de Dios, que nos ha regenerado en Jesucristo por la efusión de su Espíritu.

»Pero la parábola nos revela, además, una actitud a la que tendemos con frecuencia los hombres, para prevenimos contra ella. Siempre han existido y existirán probablemente los «murmuradores» contra la liberalidad de Dios, los que no comprenden las dimensiones de su amor y querrían reducirlo a las proporciones de la «justicia» humana. San Lucas nos habla de los fariseos que murmuraban de Jesús porque acogía a los pecadores. La raíz de estas murmuraciones está en una secreta estima del propio trabajo, en un secreto convencimiento de que ellos prestan un servicio a Dios, de que tienen a Dios obligado con su conducta honrada o consagrada. La parábola de los trabajadores nos revela que la salvación es obra enteramente gratuita de Dios y que cuando creamos haber trabajado mucho deberemos reconocer que no somos más que «siervos inútiles». Más aún, nos invita a reconocer que el trabajo en la viña del Señor es una gracia suya, obra, como todo, de su misericordia. Todos los que escuchan la invitación de Dios a cualquier hora que la oigan recibirán el denario de su gloria; pero los que han trabajado desde las primeras horas del día han recibido ya, por la misericordia de Dios, la gracia de «soportar el peso del día y del calor» de la vida comprometidos en el servicio de Dios, y liberados en parte, en esperanza, como dice San Pablo, de la incertidumbre de los que por no tener esta esperanza andan por el mundo preguntándose por el sentido de su vida. El trabajo por Dios no es un mérito nuestro, es una gracia suya.

»Cuando se comprende así el propio trabajo, no se murmura de la bondad de Dios para con los que han llegado más tarde a su viña. Ni se intenta imponer en nombre de un Dios que no las impone, condiciones a estos obreros de la última hora. Sino que se acepta humildemente, gozosamente, que el sufrimiento de haber sido los últimos les valga ante Dios la gracia de ser los primeros.»

(Luz y Vida del día 14 de febrero de 1965.)

bajo: el de la *consideración igual de los iguales en iguales circunstancias* (2).

Adviértase cómo este principio tiene un alcance mucho mayor del que pudiera estimarse análogo de igualdad ante la ley, reconocido en los ordenamientos constitucionales de todas las naciones. Porque la cuestión se plantea cuando un empresario, cumpliendo la ley escrita, la ley imperativa realiza «su ley», la que él establece, la ley de su contrato, en el amplio margen que le dejan las normas de obligado cumplimiento. Hay que decidir si en el establecimiento de esta «su ley», dentro del marco legal propiamente dicho, el empresario no tiene limitación alguna, o si, por el contrario, está constreñido por ciertas normas o principios jurídicos de carácter general, cuyo incumplimiento podría invocarse por quienes se considerasen injustamente tratados. Si el salario mínimo de un leñador son 200 pesetas diarias, el leñador Pedro que las recibe no puede aducir el principio de igualdad ante la ley para que le abonen las 250 pesetas con que el empresario remunera a los leñadores Juan y José que realizan idénticas funciones que aquél, ya que el empresario cumple perfectamente el principio cuando a ninguno de ellos le abona salarios menores de 200 pesetas, única exigencia que la ley impone. Pero sí entra en lo posible que pudiera prosperar la pretensión de equiparación salarial formulada por Pedro invocando el principio de la consideración igual de los iguales en iguales circunstancias. Habría que entender, quizá, que una discriminación como la apuntada entrañaría para Pedro una inadmisibles vejación, incluso, sin

(2) Hueck-Nipperdey matizan el principio de igualdad de trato significando que «no significa una completa igualdad. No atenta contra ninguna prohibición el que una persona sea tratada especialmente. Pero en cuanto que el empleador proceda de acuerdo con puntos de vista generales, y en cuanto que actúe según reglamentaciones establecidas por el mismo, no debe exceptuar *arbitrariamente*, de tales reglas, a un trabajador en concreto. Es arbitrario el trato desigual en casos semejantes por causas no objetivas».

HUECK (Alfred) y NIPPERDEY (H. C.): *Compendio de Derecho del Trabajo*. Traducción y notas de Derecho español por M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y LUIS ENRIQUE DE LA VILLA. Madrid, 1963, Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 164 y sigs.

Los traductores indican, sobre la repercusión del principio en la realidad laboral española, que «Al ser principio inspirador del Movimiento que "el Estado fijará bases para la regulación del trabajo, con sujeción a las cuales se establecerán las relaciones entre los trabajadores y las empresas" (Decl. III, 4, del *Fuero del Trabajo*), y plasmarse en la legislación ordinaria que toda la materia de reglamentación de trabajo "será función privativa del Estado" (Ley de 16 de octubre de 1942, 1.º), la teoría expuesta en el texto no ha alcanzado gran importancia en el Derecho del trabajo español; las mejoras voluntarias, en sentido amplio, se realizan con arreglo a la más absoluta autonomía por parte del empleador; solamente, quizá, las mejoras realizadas por vía colectiva podrían plantear problemas; lo que se mira, ante todo, es que el trabajador no resulte perjudicado en sus derechos mínimos irrenunciables; será, en definitiva, la jurisprudencia la que marque las pautas que deben seguirse en cada caso» (pág. 167).

exageraciones, un atentado a su dignidad humana. Nos parece que el privilegio, entendido en su más peyorativa acepción, resulta especialmente irritante en el Derecho del Trabajo, dado el carácter personal y humano que tiene la prestación de servicios, que, en principio, deben ser valorados en forma objetiva, sin distinguir arbitrariamente a trabajadores que los presten de idéntica calidad.

Literalmente entendido, el principio de «a igual trabajo igual salario» pudiera estimarse como faceta del principio de igual consideración, pero la diferencia queda claramente establecida con sólo significar cómo el primero afecta más bien a grupos determinados de trabajadores, colectivamente agrupados, mientras el de igual consideración se refiere esencialmente a relaciones de trabajo individuales, a lo que pudiéramos llamar «examen comparativo» de relaciones de trabajo individualizadas (aun cuando también cabe su aplicación colectiva). El principio de «a igual trabajo igual salario», que tiene su consagración internacional en el artículo 233 del Código Internacional de Trabajo de la O. I. T. (también en artículo 23.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), se ha utilizado históricamente para conseguir igual trato económico de trabajadores nacionales y extranjeros; de europeos y coloniales; de mujeres y hombres; de los trabajadores de distintas zonas, pero idéntica función, etc., etc., sin que haya servido (como tampoco sirvió el principio de igualdad ante la ley) para basar la reclamación individual ante una empresa alegando preterición o discriminación injusta respecto a otro trabajador de supuesta igualdad. Precisamente una de las más graves preocupaciones de los juristas ante la aplicación del principio de igual consideración es el revestirlo de algún ropaje jurídico formal, de basarlo en alguna concreta ley escrita, redimiéndolo de su etiología jurisprudencial exclusiva.

En el Derecho del Trabajo alemán la jurisprudencia ha establecido durante muchos años, antes y después de la segunda guerra mundial, la doctrina de que si el patrono otorga retribuciones especiales que superen con carácter facultativo las obligatorias, tiene que tratar como iguales a sus trabajadores en igual situación. La Corte Suprema de Bonn precisó que «es un principio expresamente reconocido que gobierna todo el Derecho alemán tratar de un modo igual a los iguales, principio que rige también para el patrono que otorga remuneraciones voluntarias a sus trabajadores; y este principio le impone la obligación legal de tratar a todos los componentes de la empresa de modo igual... Este principio da al trabajador el derecho de pedir judicialmente las prestaciones que corresponden a la obligación de tratamiento igual.»

En Argentina, la Corte Suprema, las instancias provinciales y los tratadistas han expresado reiteradamente que la garantía constitucional de la igualdad impone la obligación de tratar igualmente a los iguales en iguales circuns-

tancias (3), y su doctrina sería de posible adaptación a la realidad constitucional española refiriéndola al artículo 3.º del Fuero de los Españoles, según el

(3) En contraste con la extrema penuria que se registra en la jurisprudencia y doctrina patrias respecto al principio de consideración igual, encontramos en Argentina una espléndida floración de estudios sobre el mismo y cuestiones conexas. Muy especialmente ERNESTO R. KATZ, pero también DEVEALI, KROTOSCHIN y otros autores han tratado en profundidad los problemas inherentes a la estimación del principio, que también ha merecido reiterada atención de la jurisprudencia, algunas de cuyas sentencias y consideraciones transcribimos seguidamente:

«La empresa que no consideró el estado de huelga ilegal como motivo de cesantía irrevocable para la mayoría de sus dependientes, no puede decidir lo contrario respecto de los restantes.

«El hecho de la empresa que, después de haber despedido —por motivos de una huelga ilegal— a todo su personal, reincorpora a las dos terceras partes del mismo y mantiene la cesantía de los restantes, configura un tratamiento desigual, discriminatoriamente injusto y, por ende, indemnizable.»

En el voto de esta Sentencia se dijo por el Dr. Mínguez:

«Si bien esta Sala en reiterados casos... ya se ha expedido sobre el alcance de la ilegalidad de las huelgas cuando así se declaran e igualmente sobre las facultades emergentes de la ley de que está munido el Ministerio de Trabajo y Previsión para mediar en los conflictos colectivos de trabajo y, por ende, pronunciarse sobre los mismos, también ha mantenido su criterio reiteradas veces respecto a la improcedencia de un tratamiento desigual que implique discriminaciones injustas y por el cual unos obreros sufran las consecuencias de su actitud y otros se vean liberados por voluntad patronal de toda responsabilidad.» (Sentencia de 29 de noviembre de 1957.)

«Es injustificado el despido de «uno o algunos de los obreros que participaron en una huelga declarada ilegal, en el momento en que, por haber terminado aquélla, pretendía reanudar las tareas, sin que se hayan probado las causas por las que se les aplicó un tratamiento distinto a los demás.»

En el voto de esta Sentencia se dijo por el Dr. Rebullida:

«El actor participó en una huelga total del gremio metalúrgico declarada ilegal el 16 de noviembre de 1956. Se plegaron a ella los obreros y empleados del establecimiento, con excepción de algún personal jerárquico y de vigilancia. No se ha probado que el accionante incitara a la huelga ni tomara otra participación en el movimiento que no fuera su inconcurrencia al trabajo hasta el día 24 de diciembre de 1956, día en que, levantada la huelga, el personal retornó a sus tareas.

«El actor ingresó al establecimiento el 10 de marzo de 1947, es decir, que tenía cerca de diez años de antigüedad en el empleo. Consta en su legajo solamente una amonestación por llegadas tarde, sanción aplicada el 13 de octubre de 1955, más de un año antes de los sucesos de autos, y el representante de la demanda reconoció que en todo el tiempo que Gosis se desempeñó a las órdenes de la empresa cumplió con sus obligaciones a entera satisfacción de ésta. No se probó, pues, el cargo de que hubiera sido sancionado reiteradamente, único que se le formula fuera de su participación pasiva en la huelga.

«Fue despedido por "haberse plegado al movimiento huelguístico del gremio meta-

cual, «la ley ampara por igual a todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas», o al «principio fundamental» número V (Ley de 17 de mayo de 1958), que señala que «la ley ampara por igual al derecho de todos los españoles». Pero tanto en uno como en otro supuesto nacional nos encontraríamos con que había que efectuar —como ya hemos apuntado— una notable distorsión del estricto concepto de ley a que las garantías constitucionales se refieren, para incluir en el mismo a la ley particular o individual de! contrato.

Volviendo a Alemania y según demuestra Katz, cuya exposición utilizamos (4), los más prestigiosos juslaboristas opinan que el tratamiento igual de

lúrgico llevado a cabo durante los meses de noviembre y diciembre de 1956'', según se lee en el responde, es decir, con anterioridad a la vigencia del Decreto-Ley 10.596/57. En esa oportunidad, a estar al dicho del representante de la demandada, fue despedido, aproximadamente, el 3 por 100 del personal ocupado.

»Es evidente que el actor resultó víctima de una arbitraria discriminación en su perjuicio, que torna injustificado el despido, ya que siendo mínimo el porcentaje de trabajadores despedidos, la demanda debía alegar y probar la causa por la que el actor era uno de los elegidos entre tantos para ser objeto de la máxima sanción.

»Adviértase que lo dicho no significa propiciar que se coloque al patrono ante el imperativo ineludible de tener que optar entre despedir a todos o a ninguno de los huelguistas plegados a un movimiento ilegal, sino simplemente a declarar inadmisibles la alegación de injurias como causal de despido (art. 159 Cód. de Com.), si resulta que en igualdad de circunstancias —suma de antecedentes personales del trabajador y conducta en la emergencia— aparece aplicando criterios opuestos o reaccionando en forma distinta. Porque la alegación del patrono se destruiría a sí misma si pretendiera que se sintió injuriado ante la conducta de un obrero, pero no ante la de otro, o que a igualdad de injurias sólo en un caso debió decidir el despido, si es que ambos supuestos no fundan razonablemente la diferencia, y porque siendo finalidad primordial de las normas laborales el preservar la paz social, resultaría lesivo de su espíritu el admitir discriminaciones arbitrarias que conspirarían contra el logro de aquella egregia finalidad.

»Convendrá tener en cuenta que con esto no se obliga al patrono a la aplicación de sanciones en caso de haber sido injuriado; el conceder indulgencias es cosa suya; lo que se niega es que al hacerlo proceda con desmedro de la justicia más elemental.

»Cuando el despido sólo fue para algunos, el empleador debió probar las causas por las que aplicó a los despedidos un tratamiento distinto, toda vez que si el hecho generador ha sido el mismo para todos, se violaría el principio de igual tratamiento en iguales circunstancias, y mal puede invocar como injuria a sus intereses la insistencia de algunos frente a otros que incurrieron y continuaron en la misma falta tolerada.» (Sentencia de 28 de marzo de 1958.)

El texto de las dos Sentencias está tomado de la revista *Derecho del Trabajo*, de Buenos Aires, números de mayo y septiembre de 1958. Las Sentencias corresponden a la Cámara de Apelación del Trabajo de la capital argentina.

(4) KATZ (Ernesto R.): «La obligación de tratar de un modo igual a los iguales en

los iguales en iguales circunstancias constituye un principio fundamental y general del Derecho del Trabajo (así, los titulares de esta materia, doctores Alfred Hueck, de Munich; Eduard Bötticher, de Hamburgo, y el Juez de la Suprema Corte del Trabajo, doctor Erich Frey). Todos ellos y otros más reconocen este principio del Derecho Laboral, aunque con distintos fundamentos. Bötticher (*Recht der Arbeit*, 1953, pág. 161) lo considera como «ejecución de normas» (*Normenvollzug*). Frey (*Der Grundsatz der Gleichbehandlung in Arbeitsrecht*, 1954) lo funda en el Derecho natural, tomando en cuenta el principio constitucional. Y Hueck, tal vez el representante principal de esta doctrina, estudioso que nunca sacrifica el principio de la libertad al de la igualdad, y otros autores, se basan en la «obligación de previsión» del empresario. En el mismo sentido, Nipperdey (*Recht der Arbeit*, 1950, pág. 123).

El contenido de los límites del principio del tratamiento igual son más visibles cuando es definido negativamente; es la prohibición de la arbitrariedad o de la discriminación injustificada; el tratamiento es arbitrario o injustificado en los casos en que la razón o la justicia exigen un tratamiento igual. Se viola el principio de igual tratamiento cuando no existe motivo razonable y atendible para un tratamiento desigual; igual conducta no debe ser valorada de manera diferente.

La previsible objeción contra el principio enunciado, de que el mismo significaría impedir al empresario que premiase o distinguiese a aquellos trabajadores que, a su juicio, lo mereciesen, es fácilmente refutable, ya que tal distinción o trato especial aparecerán perfectamente justificados si se otorgan en base a singulares aptitudes, dedicación, esfuerzo, especialidad o cualquier otra condición personal que distinga objetivamente al «privilegiado».

¿Quiere decir esto que el empresario no puede hacer con su dinero lo que quiera, que el empresario no puede dar a cada uno el salario que le parezca? («¿acaso no puedo yo hacer de lo mío lo que quiero?»). Nosotros creemos que el empresario, como cualquier persona, puede hacer con su dinero lo que quiera, en el sentido de dárselo a cualquiera si así le place, pero desde el momento en que utiliza como vehículo para la «donación» el salario, se encuentra fatalmente condicionado por la ley laboral y forzado a atender los requerimientos de la misma en el sentido de justificar su cuantía, su ámbito personal, su carácter retributivo, etc., etc. El principio de la consideración igual, aplicado al Derecho del Trabajo, en nada impide la caridad ni el altruísmo practicados extra-laboralmente; el empresario puede conceder las cantidades

iguales circunstancias, en el Derecho del Trabajo». Comentarios a la primera de las Sentencias transcritas en nota anterior, en la revista *Derecho del Trabajo*, Argentina, número de mayo de 1958.

que quiera a cualquier trabajador, pero —si no tiene una justificación laboral— al margen de su salario propiamente dicho. Hay lo que pudiéramos llamar una «función social del salario» cuyas consecuencias no puede eludir arbitrariamente el patrono (5).

* * *

En la jurisprudencia patria no encontramos esta materia abordada en forma frontal. Existen algunas sentencias de las Salas Social y de lo Contencioso

(5) Con profundidad y finura ha estudiado KATZ esta espinosa cuestión del «derecho» del empresario a gratificar libremente a sus trabajadores, a la luz del principio de consideración igual.

«Nuestra Corte ha sentado reiteradas veces la doctrina de que es constitucionalmente válida la formación de categorías de sujetos jurídicos en tanto la consiguiente regulación especial no trasunte un propósito arbitrario contra determinadas personas o grupos.

»Otro caso que puede presentarse es el siguiente: un dependiente de menor —en todo caso no mayor— capacidad, antigüedad o rendimiento que sus compañeros de la misma categoría, recibe como gratificación un importe más alto que ellos; el excedente no puede ser justificado por ninguna razón de trabajo contratado o prestado, sino que deberá constituir una donación. Pensamos en casos en que no puede excluirse, entre principal y empleado, la posibilidad de que se realicen verdaderas donaciones. Deveali, que analizó esta situación, dió ejemplos, aduciendo entre otros casos, los del empleado que se presta para asistir al principal, enfermo en su habitación y fuera del horario de trabajo; o cuando existen entre empleador y empleado vínculos de parentesco o amistad. Compartimos la opinión de Deveali de que es admisible la verdadera donación, cuando la voluntad de donar es la única causa del pago, y que la relación de trabajo entre las partes no tiene ninguna influencia o funciona solamente como ocasión. A estos ejemplos podríamos agregar muchos otros más (por ejemplo, entregas de parte del empleador, a trabajadores que son adherentes de su entidad deportiva o asociación social, o partidarios de pasar su tiempo libre de un modo igual al suyo, o ciertas empleadas de la empresa, etc.). Representa una particularidad de todos estos casos que el importe entregado tiene carácter mixto; consiste en dos partes diferentes: una parte, de tantos pesos, constituye la gratificación; otra parte, de tantos pesos, es la donación, aunque el total se abone bajo la denominación de "gratificación". Para la parte que representa la verdadera gratificación, rige todo lo expuesto arriba sobre gratificaciones; en cambio, para la parte que constituye la donación, deberá valer lo que Deveali señala como donaciones; es decir: el empleado no puede reclamarla; no se computa ella, como parte del salario, ni para el cálculo mínimo, ni del promedio de la retribución, a los efectos de la indemnización por despido. De las dos partes de la entrega, la gratificación y la donación, respectivamente, desde el punto de vista jurídico, nada tiene que ver la una con la otra: la donación podría ser hecha en otra oportunidad; el empleador la entrega, junto con la gratificación, tal vez solamente por razones de comodidad o conveniencia; la fecha de la entrega representa nada más que la ocasión favorable; y la donación no se hace por separado, ni se llama por su nombre, por delicadeza quizá, para no documentar su verdadero carácter jurídico, aunque éste no cambia por ese procedimiento.

»Pero el caso se presenta en forma diferente cuando el mismo empleador considera —in-

del Tribunal Supremo que sientan doctrina sobre el principio general de igualdad ante la ley, pero sólo encontramos una —a la que más adelante nos referiremos— en que este aspecto de la «consideración igual de los iguales» es abordado, siquiera sea tangencialmente. No es extraño que De la Villa y Rodríguez, traductores al español del *Compendio de Derecho del Trabajo* de Hueck-Nipperdey, al llegar a este principio indiquen que en España, ante la ausencia de Derecho material aplicable «será en definitiva la jurisprudencia la que marque las pautas» (6).

Para hacer viable de alguna manera la posibilidad de tratamiento jurisprudencial del principio, encontramos dos vehículos idóneos en nuestra Ley de Contrato de Trabajo, a saber: el primero, estimando la «consideración desigual» como un incumplimiento de la obligación de «tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana» impuesta por el artículo 75, apartado 6.º, y el segundo, equiparando la «consideración desigual» a «cualquier otra causa análoga o semejante a las anteriores que el Magistrado de Trabajo estime justificada, por ser reveladora de una situación depresiva o vejatoria para el trabajador», a las que se refiere el apartado e) del artículo 78 de la Ley de Contrato de Trabajo y que, según dicho artículo, justifican el que aquél rescinda su contrato recibiendo el mismo tratamiento que si hubiese

conscientemente tal vez— el exceso de gratificación no como donación, sino como parte de aquélla, justificada por los «méritos» del trabajador preferido, y, en consecuencia, niega que éste haya recibido el excedente por razones ajenas al trabajo contratado o prestado. Aquí nos encontramos ante una situación análoga a la estudiada por Deveali, que trató el caso del empleador que no puede demostrar el *animus donandi*; en nuestro caso, él no quiere demostrarlo. Las consecuencias de ambos casos deberán ser las mismas: la presunción de que la gratificación entera se refiere al contrato de trabajo, produce todos sus efectos. Por consiguiente, nuestro caso deberá ser equiparado a cualquier otro de distribución injusta de la gratificación. Como el empleador, en cuanto al excedente, no admite la existencia de un obsequio, hay que tratar la entrega íntegra como gratificación; los compañeros de la misma categoría del trabajador preferido no han sido tratados «de un modo igual, en iguales circunstancias»; esta situación les autoriza, en nuestra opinión, a reclamar por distribución injusta de las gratificaciones.

»Finalmente, no faltan empleadores cuyo plan de distribución contiene injusticias cometidas no sólo inconscientemente; son aquellos que opinan, de buena fe, que tienen el derecho de ser injustos en tales circunstancias y les gusta usarlo a veces; son los casos, por ejemplo, en que las gratificaciones se distribuyen por los «méritos» del trabajador, pero no en cuanto a su trabajo, sino por méritos particulares, dentro o fuera de la empresa, tal como ya hemos expuesto antes.

»Entendemos que para muchos trabajadores que cobran gratificaciones, más importante aún que su monto es la seguridad de haber sido tratados, en relación a sus compañeros de la misma categoría, «de un modo igual, en iguales circunstancias.»

KATZ (Ernesto R.): *La estabilidad en el empleo*, Buenos Aires, 1957. Capítulo «Distribución de gratificaciones».

(6) Vid. nota 2, *in fine*.

sido objeto de un despido injusto (o improcedente, como se dice ahora). A este respecto señala Pérez Botija que «otro caso frecuente (de los comprendidos en el apartado e), artículo 78)» es el de los beneficios o ventajas concedidos a una parte del personal y que se deniegan a otros. Los trabajadores que no gocen de aquéllos podrán considerarse vejados y pedir la extinción de su contrato (7).

La única sentencia del Tribunal Supremo que hemos encontrado abordando con mayor precisión, aunque sin mencionarlo, el principio de la «consideración igual», lleva fecha de 25 de septiembre de 1964 y es consecuencia de haber canalizado el actor una supuesta consideración desigual por la vía del artículo 75, apartado 6.º, de la Ley de Contrato de Trabajo. Dice así la sentencia :

«De conformidad con el acertado dictamen del Ministerio Fiscal, debe rechazarse el único motivo de casación propuesto en este recurso, en el que al amparo del número 1 del artículo 171 del Texto Refundido de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción por el fallo impugnado, del apartado 6.º del artículo 75 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo, en relación con el artículo 3.º del Fuero de los Españoles, y se cree por el recurrente que la empresa demandada atentó a su dignidad humana por el hecho de retribuir sus servicios de traductor con salario en todo momento superior a los fijados reglamentariamente, pero inferior a los que satisfacía a otros empleados que desempeñaban análogas funciones a las que él tenía asignadas; lo que en manera alguna puede constituir por sí sólo la vejación de que el actor se siente víctima, ya que la desigualdad de salarios no supone necesariamente una discriminación caprichosa y arbitraria, sino que con frecuencia obedece a circunstancias particulares que inducen a un patrono a satisfacer a alguno de sus operarios retribución mayor que la fijada a otros, sin que ello implique ofensa para quienes no alcancen ese más elevado devengo, ni un infundado y odioso privilegio para los favorecidos y cuya diferencia remuneratoria pueden adoptar las empresas en uso legítimo de la libertad de contratación de servicio que rige tanto para ellas como para todos los productores, con la única limitación de respetar los salarios mínimos reglamentarios señalados para cada profesión y categoría y las normas de Derecho necesario vigentes, libertad que no es posible entender que viole el principio de igualdad ante la Ley, que contempla supuestos totalmente distintos al enjuiciado.»

Se distinguen claramente, en la doctrina emanada de nuestro más alto Tribunal, dos tendencias respecto al principio de igual consideración; la prime-

(7) PÉREZ BOTIJA (Eugenio): *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, pág. 257. Nosotros apostillamos al maestro: ¿Y por qué no pedir, en lugar de la extinción del contrato, o en todo caso antes de ésta, el igual tratamiento?

ra que, en cierto modo, lo acoge, y la segunda que, al parecer, lo rechaza plenamente. Vamos a explicar esta conclusión exegética.

Después de exponer sucintamente al principio del considerando el punto de vista del actor, nos dice el Tribunal Supremo que la desigualdad de salarios «no supone *necesariamente* una discriminación caprichosa y arbitraria, sino que *con frecuencia* obedece a *circunstancias particulares* que inducen a un patrono a satisfacer a alguno de sus operarios retribución mayor que la fijada a otros». De las palabras subrayadas por nosotros y del contexto del párrafo se deduce a *contrario sensu* que la desigualdad de salarios, si no entraña *necesariamente* la caprichosa y arbitraria discriminación, sí puede suponerla en algunos casos, y el hecho de que obedezca *con frecuencia* a circunstancias particulares, implica que en otras ocasiones, cuando no existen éstas, queda sin explicación «jurídica»; en ambos casos, deducidos a contrario, cuando la desigualdad supone una discriminación arbitraria y no obedece a circunstancias particulares, parece que el criterio del Tribunal Supremo es de que se produce una transgresión del principio de la consideración igual, que implica un atentado a la dignidad del trabajador, perfectamente encuadrado en el apartado 6.º del artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo.

No obstante, y a continuación del párrafo anterior, pero sin más hilación con el mismo que la de la conjunción copulativa, expone el único considerando que la diferencia remuneratoria la «pueden adoptar las empresas en uso legítimo de la libertad de contratación de servicios que rige tanto para ellas como para todos los productores, *con la única limitación de respetar los salarios mínimos* reglamentarios señalados para cada profesión y categoría y las normas de Derecho necesario vigentes, libertad que no es posible entender que viole el principio de igualdad ante la Ley». (También es nuestro el subrayado.) Aquí ya se legitima la libertad (absoluta, salvo la excepción apuntada) del empresario, y, por consiguiente, su derecho, de satisfacer remuneraciones discriminatorias, caprichosa y arbitrariamente establecidas, si ello le place.

* * *

El principio de la consideración igual supone, como reflejo de su enunciación, el que no debe considerarse igualmente a aquellos que son desiguales. Pero esto hemos de referirlo, naturalmente, al mundo laboral, es decir, que haciendo una paráfrasis de esta consecuencia cabría decir que no debe considerarse igualmente a quienes se muestran diferenciados en cuanto a su rendimiento, capacidad, aptitud, etc., con inequívoca repercusión de estas particularidades en la prestación de sus servicios. Recuérdese la tópica frase de que no hay mayor desigualdad que la del trato igual a los desiguales. Pero ad-

viértase cuán difícil resultará en ocasiones tanto la justa igualación de los iguales como la justa diferenciación de los desiguales en el Derecho del Trabajo; de ahí la gran importancia que en este concreto aspecto tendrá la doctrina de la jurisprudencia al incidir concretamente con sus conclusiones sobre la propia realidad social.

Y es que no se trata sólo, para una recta aplicación del principio de consideración igual, de determinar que, efectivamente, se da una igualdad «laboral» entre los sujetos, sino que también ha de extenderse dicha igualdad a las circunstancias que concurren. Empero, sería absurdo pretender equiparar esta igualdad a una identificación absoluta, ya que ello equivaldría a que jamás pudiese practicarse la igualdad de estimación laboral (como de hecho sucede y es lícito que suceda en muchos casos), ya que es obvio que «no hay dos hombres iguales». Al llevar a ultranza esta radical y desorbitada concepción del principio de la consideración igual subordinado a la identidad absoluta nos conduciría a la forzosa aplicación, en todo caso, de su correlativo del trato desigual a los desiguales: nunca podríamos encontrar dos salarios idénticos. Una vez más resultan decisivos, a la fuerza, en la imposibilidad de reglas apriorísticas —como no sea a puro ejemplo indicativo—, la «sana crítica», el «leal saber y entender», la «recta apreciación», etc., etc. Y una vez más corresponde a la jurisprudencia la ingrata, pero magna tarea, de sentar criterio donde la ley no ha dicho la palabra exacta e indudable; la ingrata pero magna tarea, de determinar «la Ley»; en nuestro caso, la ingrata pero magna tarea de ir señalando los criterios aplicables en esta zona incierta —muchas veces— de abstrusa y complicada problemática de la consideración igual.

Ayudará mucho en la indagatoria de si determinado acto de discriminación entre supuestos iguales atenta al principio de consideración igual, el hecho de que pueda o no deducirse por parte de la empresa el *animus vexandi*. En realidad, cuando la diferenciación salarial o de cualquier otra índole la basa el empresario en circunstancias objetivas, la discusión se traslada a la apreciación de si éstas existen o no, pero en todo caso el empresario se pliega al principio, que acepta, aun cuando discrepa de su aplicación al supuesto determinado por entender que se trata de sujetos laboralmente distintos. Es el «a éste le doy más porque sí», lo que resulta intolerable en recta aplicación del principio; la sola voluntad, la subjetiva arbitrariedad del empresario no bastan, en Derecho del Trabajo, para diferenciar la consideración. Pero tampoco esto nos resolverá siempre el problema; cabe que sin *animus vexandi* el empresario discrimine arbitrariamente. En ambos casos los tribunales habrán de entender sobre circunstancias complejísimas de valoración de trabajo, rendimiento, aptitud, etc., para decidir si la discriminación en litigio es arbitraria o fundada

JUAN EUGENIO BLANCO