

### Retribución de la pausa del bocadillo y principio de no discriminación.

**Joaquín García Murcia**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid*

**Resumen:** *No lesiona el principio de igualdad y no discriminación la práctica empresarial de retribuir el tiempo de descanso en jornada continua sólo a una parte de la plantilla cuando su régimen de trabajo es peculiar y diferenciado del resto de trabajadores, aunque la duración de la jornada sea equivalente.*

**Palabras clave:** *Igualdad y no discriminación. Jornada de trabajo. Retribución por descanso intermedio.*

**Abstract:** *The principle of equality and non-discrimination is not violated when the employer pays wage for breaks or rests only to a part of the staff provided that their work regime is particular and different from the other workers, even if the duration of the working day between the two groups is equivalent.*

**Keywords:** *Equality and non-discrimination. Wage for breaks or rests. Working day.*

---

#### I. Introducción

Aun cuando lleve entre nosotros más de medio siglo, el principio de igualdad y no discriminación no deja de suscitar nuevas cuestiones, tanto en el plano de su delimitación conceptual como en el de su aplicación efectiva. Seguramente es así por su indestructible conexión con la realidad social y con su constante manifestación y transformación. A la postre, se trata de un principio cuyo contenido, lejos de estar predeterminado, tiene que perfilarse poco a poco a partir de las propias demandas y experiencias sociales. Mediante las oportunas reflexiones científicas puede construirse desde luego una estructura abstracta o general de dicho principio, como efectivamente ha venido sucediendo en el ámbito de la doctrina académica y jurisdiccional. Pero tal constructo no alcanzaría verdadera solidez si no se completara con las enseñanzas de los casos concretos y, en especial, con las respuestas que los jueces y tribunales tienen que dar a las controversias y disputas que inevitablemente genera la vida en comunidad. Esa intervención jurisdiccional sirve obviamente para resolver el dilema particular, pero también ayudan a descubrir el auténtico alcance del principio de igualdad y no discriminación. En todo caso, el análisis en sede jurisdiccional de la igualdad y no discriminación no puede dejar de conjugar la indispensable atención a las circunstancias del caso concreto con la doctrina general o abstracta existente sobre dicho principio. Así hemos podido comprobarlo ya en multitud de sentencias de toda clase de jurisdicciones y niveles judiciales. El asunto resuelto por la sentencia TS Sala de lo Social 149/2022 es un ejemplo más de esa necesidad de combinar ambos planos. No hay en este caso doctrina novedosa, pero sí se reafirman criterios precedentes que no siempre se han desplegado con la rotundidad que ahora han logrado alcanzar. En la citada sentencia se llega de nuevo a la conclusión de que el

margen de decisión que debe otorgarse al empresario privado, unido a la ausencia de motivos formalmente discriminatorios, ha de conducir a la aceptación de determinadas diferencias de trato, justamente como la que las partes interesadas habían puesto de relieve en esta ocasión. No es de recibo la distinción que se funda en alguna de las causas que el sistema (la sociedad, a fin de cuentas) califica como discriminatorias, pero ni toda diferencia de trato está movida por ese tipo de causas, ni todas ellas atentan contra el principio (o el derecho/deber) de igualdad. Ni todas las diferencias de trato, podríamos añadir, tienen suficiente envergadura como para perturbar el orden social, ni todas ellas, quizá por esa misma razón, merecen reproche desde el punto de vista jurídico.

## **II. Resolución comentada**

**Tipo de resolución:** sentencia

**Órgano judicial:** Sala Cuarta del Tribunal Supremo

**Número de resolución judicial y fecha:** 149/2022, de 15 de febrero

**Tipo y número recurso o procedimiento:** casación para unificación de doctrina número 3939/2018

**Fuente:** CENDOJ

**ECLI:** ES:TS:2022:612

**Ponente:** Antonio Vicente Sempere Navarro

**Votos Particulares:** no

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.**

El problema planteado en la sentencia TS Sala de lo Social 149/2022 derivaba de una práctica empresarial que, a la hora de computar y retribuir la jornada de trabajo, y, más concretamente, a la hora de integrar o no en dicho cómputo el “descanso por bocadillo”, diferenciaba entre dos grupos de trabajadores que pertenecían a la misma plantilla y tenían una misma jornada de trabajo en términos cuantitativos, pero que, no obstante, seguían distinto régimen de trabajo y no eran tratados de la misma forma respecto de esa interrupción tan típica de las jornadas continuas.

Según el relato oficial de hechos probados, el conflicto surgió porque la empresa en cuestión (“Kone Elevadores, S.A.”) sólo reconocía como tiempo efectivo de trabajo el descanso de 15 minutos diarios cuando afectaba al personal de la empresa que prestaba servicios, siempre en régimen de jornada continuada, en determinada sección empresarial, no en las restantes. Lo reconocía, concretamente, al personal de “Mantenimiento Escaleras, Ascensores Metro y Call Center, Centro de Servicios”, y no lo reconocía, en cambio, a los (51) trabajadores que se dedicaban a tareas de mantenimiento y reparación de averías de los ascensores de “edificios de la calle”, que también desarrollaban “una labor comercial con los conserjes y presidentes de fincas”.

Las circunstancias concurrentes en el trabajo de uno y otro grupo de personal eran básicamente las siguientes:

a) régimen de trabajo: quienes trabajaban en la sección de “Mantenimiento Escaleras, Ascensores Metro y Call Center, Centro de Servicios” habían de seguir en su prestación de servicios, o bien “las exigencias de Metro” (los de mantenimiento de sus ascensores y escaleras), o bien las exigencias que se derivaran de su obligación de responder “al teléfono 900 desde su casa o en la oficina ante el ordenador” (los que trabajaban en Call Center), mientras que los que trabajaban en la calle cubrían “rutas

como pueden ser seis manzanas de una calle o más según el número de ascensores que exista” y se organizaban “los mantenimientos y las urgencias por averías”.

b) horario de trabajo: los técnicos de Escaleras y Ascensores de Metro hacían “el mantenimiento de las averías con penalizaciones”, siendo así que para los que trabajaban en Centros Comerciales arreglando escaleras y ascensores “el horario de mantenimiento puede ser de 06:00 a 09:00 horas de la mañana antes de que abra el Centro Comercial, y que para los que atendían el mantenimiento en Metro “es cuando éste cierra y aparte se atienden las averías”, mientras que los ascensoristas de calle paraban cuando ellos decidían, bajo la premisa de que llevaban “una aplicación donde pinchan todo lo que hacen”, y con la precisión de que “se les pide que tengan nueve veces al menos de atención a clientes pudiendo ser unas veces más y otras menos”.

c) otros aspectos del trabajo: respecto del primero de esos grupos, quienes trabajaban en Metro se relacionaban con el Jefe de Estación y los que trabajaban en Centros Comerciales con el Personal de Seguridad, y, por otra parte, quienes se dedicaban a los Ascensores de Metro y Escaleras tenían un horario “de 06:00 a 14:00 horas, de 14.00 a 20:00 horas y de 20:00 a 06:00 horas, de lunes a viernes”, con la particularidad de que quienes se dedicaban “a los Ascensores de Metro toman bocadillo”, y quienes reparaban las Escaleras Mecánicas “tienen que descansar porque trabajan más de 6 horas”.

Planteada demanda de conflicto colectivo por las federaciones correspondientes de UGT y CCOO con la pretensión de que la diferencia de trato en la consideración y retribución del tiempo “de bocadillo” fuese calificada como contraria al principio de igualdad y no discriminación, la sentencia de 3 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Social núm.32 de Madrid declaró la absolución de la parte demandada “de los pedimentos deducidos en su contra”.

Interpuesto recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por las federaciones sindicales promotoras del conflicto, la sentencia de dicho órgano jurisdiccional de 19 de julio de 2018 revocó la resolución judicial impugnada y estimó la pretensión de los actores, con la declaración del “derecho de los trabajadores destinados al mantenimiento de ascensores a que se les compute como jornada efectiva el tiempo de descanso diario de 15 minutos, del mismo modo que se hace con el resto de personal que presta sus servicios con jornada continuada”.

Contra la sentencia dictada en suplicación interpuso recurso de casación para unificación de doctrina la representación de la empresa inicialmente demandada y posteriormente recurrida, con cita a tales efectos de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de febrero de 2001 (rec.7621/2000) como resolución de contraste, y con la alegación de que se había infringido el artículo 24 CE. A dicho recurso se adhirió con posterioridad la federación sindical de CCOO. Por providencia de la Sala de lo Social del TS de 3 de mayo de 2019 se admitió a trámite el citado recurso de casación para la unificación de doctrina, y mediante la oportuna diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días. También se hizo lo propio en relación con el Ministerio Fiscal, que emitió informe “en el sentido de considerar procedente el recurso”.

#### **IV. Posiciones de las partes**

El recurso de casación para unificación de doctrina presentado por la empresa quedó articulado en un único motivo, en el que la denuncia se concentraba en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE “en relación con el art.14 CE”. Alegaba la recurrente que la sentencia recurrida “yerra al entender que dos colectivos de trabajadores que presentan probadas y notables diferencias tanto en la forma de desempeño del trabajo como en la distribución de su horario tienen que ser tratados de forma idéntica”, y subrayaba “que esa evidencia,

albergada en los hechos probados, no resulta cuestionada; por tanto, no cabe el contraste entre los diversos colectivos a efectos de una eventual discriminación". En su favor, la empresa recurrente jurisprudencia constitucional, "citando la STC 2/1998 de 12 enero, en el sentido de que el artículo 14 CE no impone una igualdad de trato absoluta".

En su impugnación al recurso, la federación sindical de UGT cuestionaba en primer término "la existencia de contradicción entre las resoluciones confrontadas, porque las tareas de los diversos colectivos son diversas", y, respecto de la cuestión de fondo, subrayaba "que el diverso trato carece de justificación razonable para la sentencia recurrida y sí lo tiene para la referencial", para sostener al final de sus consideraciones que era aplicable al caso "la jurisprudencia sobre doble escala salarial plasmada en la STS 21 octubre 2014", sin dejar de destacar en cualquier caso "la mayor onerosidad de las tareas afrontadas por los ascensoristas de calle".

La representación procesal de la federación sindical de CCOO aportó escrito en el que, "ante la posición procesal de codemandados y ante la economía procesal", manifestaba "nuestra voluntad de adherirnos al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la legal representación de la empleadora", con cuyos pedimentos mostraba "absoluta conformidad".

En el escrito presentado por la representación del Ministerio Fiscal, tras considerar concurrente la contradicción "y acertada la doctrina de referencia", se ponía de relieve que "las peculiaridades en el modo de prestar sus funciones los ascensoristas de calle impiden aplicar al caso la no discriminación", y a tal efecto invocaba "la jurisprudencia constitucional y ordinaria sintetizada por la STS 12 abril 2011 (rec.136/2010)".

## **V. Normativa aplicable al caso**

Artículo 14 CE: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Artículo 24.1 CE: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Artículo 38 CE: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Artículo 34.4 ET: "Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos. Este periodo de descanso se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo".

## **VI. Doctrina básica**

Dado que "quienes disfrutan del derecho en cuestión tienen horario fijo y continuado de seis horas, mientras los trabajadores afectados por el conflicto colectivo tienen horario flexible y no consta que tengan horario continuado", y que "el grupo de ascensoristas de calle autoorganiza la prestación de trabajo, sin perjuicio del registro telemático de todas las actuaciones", siendo así que "el resto desarrolla la prestación de trabajo con sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario y de los clientes en cuyas instalaciones prestan servicios", queda puesto de relieve "que, en el presente caso, la diferencia de trato no tiene carácter discriminatorio, pues ni siquiera se ha alegado la presencia de un móvil discriminatorio en el sentido del inciso final del

art.14 de la Constitución”. Máxime si se tiene en cuenta que, como dijera la sentencia de la propia Sala de 12 de abril de 2011 (rec.136/2010), “a efectos de la eventual aplicación del principio de igualdad es obvio que no estamos ante una norma estatal, ni ante un convenio colectivo, ni ante la actuación de un sujeto público”, sino ante “una diferencia que se establece por un empleador privado y que se ha instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados, como autoriza el art. 3.1.c) del ET”, de tal modo que, de seguirse “la tesis tan extrema de la parte recurrente sobre la exigencia de una igualdad absoluta en las relaciones laborales”, quedaría eliminada “la función reguladora del contrato de trabajo”.

## **VII. Parte dispositiva**

“Al contener doctrina errónea la sentencia recurrida, debemos proceder conforme a las previsiones legales para los casos de estimación del recurso. Procede, por tanto, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la estimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina y la consiguiente anulación de la sentencia recurrida”.

“El artículo 228.2 LRJS comienza disponiendo que si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En nuestro caso, eso significa que el recurso de suplicación interpuesto por los Sindicatos UGT y CCOO debe ser desestimado, ganando firmeza la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social”.

“Dada la modalidad procesal seguida y la condición de los sujetos cuyos recursos fracasan, no es necesario adoptar medida alguna al respecto, de igual modo que tampoco es necesario profundizar en la funcionalidad del escrito de adhesión al recurso empresarial”.

“Por todo lo expuesto...esta Sala ha decidido: 1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina...2º) Casar y anular la sentencia nº 546/18 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid...3º) Resolviendo el debate habido en suplicación (recurso 398/2018), desestimar el recurso de tal índole interpuesto por los sindicatos demandantes...4º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia”.

## **VIII. Pasajes decisivos**

“Más arriba...hemos destacado las diferencias existentes entre los colectivos profesionales comparados. Quienes disfrutan del derecho en cuestión tienen horario fijo y continuado de seis horas, mientras los trabajadores afectados por el conflicto colectivo tienen horario flexible y no consta que tengan horario continuado. También sabemos que el grupo de ascensoristas de calle autoorganiza la prestación de trabajo, sin perjuicio del registro telemático de todas las actuaciones. Sin embargo, el resto desarrolla la prestación de trabajo con sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario y de los clientes en cuyas instalaciones prestan servicios”.

“Lo anterior pone de relieve que, en el presente caso, la diferencia de trato no tiene carácter discriminatorio, pues ni siquiera se ha alegado la presencia de un móvil discriminatorio en el sentido del inciso final del art.14 de la Constitución”.

[Como dijera nuestra STS 12 abril 2011 (rec.136/2010)], “Por otra parte, y a efectos de la eventual aplicación del principio de igualdad es obvio que no estamos ante una norma estatal, ni ante un convenio colectivo, ni ante la actuación de un sujeto público. Se trata de una diferencia que se establece por un empleador privado y que se ha

instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados, como autoriza el art. 3.1.c) del ET. Con la tesis tan extrema de la parte recurrente sobre la exigencia de una igualdad absoluta en las relaciones laborales se eliminaría la función reguladora del contrato de trabajo".

"Tiene razón la empresa cuando argumenta que el diverso modo en que se presta la actividad productiva por el grupo de ascensoristas de calle hace quebrar el presupuesto aplicativo de la discriminación. Aquí no hay identidad en las situaciones comparadas, porque la distribución del tiempo de trabajo se ajusta a pautas bien diversas. La mayor o menor onerosidad del trabajo desempeñado no está ahora en cuestión, sino tan solo la necesidad de que la pausa por bocadillo (obviamente, cuando exista) se compute como tiempo de trabajo efectivo. En este sentido, tanto la sentencia referencial cuanto la dictada por el Juzgado de lo Social en nuestro caso, acogen un diagnóstico que compartimos: estamos ante una comparación de situaciones diversas. No basta con la identidad sobre la duración de la jornada para deducir que cualquier diferencia en la ordenación de las restantes magnitudes sobre tiempo de trabajo se considere contraria a Derecho".

"Por todo lo anterior, compartimos la conclusión a que accede la representante del Ministerio Fiscal: la recurrente es una empresa privada, la diferencia salarial entre los grupos que se comparan se debe a su exclusiva voluntad, constituyendo una condición más beneficiosa, no a ningún convenio. Los grupos comparados no tienen ni siquiera características similares en la forma de realizar sus cometidos, salvo que deben trabajar el mismo número de horas, pero computadas semanalmente, no diariamente, razones todas ellas por lo que debe estimarse el recurso".

## **IX. Comentario**

La decisión adoptada sobre el fondo del asunto puede compartirse sin mayores reparos. Del relato de hechos probados resultaba evidente que, aun cuando la duración de la jornada fuese idéntica en los dos grupos de personal puestos en contraste, la forma de desarrollarla presentaba diferencias relevantes, en tanto que un grupo de personal (el que disfrutaba del derecho en cuestión) tenía que ajustarse a un régimen de horario fijo y continuado de seis horas, mientras que el otro grupo (los trabajadores representados en la demanda de conflicto colectivo) tenían horario flexible, sin que constara que en algún momento hubiera llegado a ser horario continuado. Mientras que los primeros se sometían a las correspondientes órdenes empresariales sobre organización del trabajo, los segundos, aunque no pudieran gozar de plena libertad por su carácter asalariado, tenían algún margen para organizarse en su prestación de trabajo. A la vista de las circunstancias del caso, era obvio, como apunta la sentencia comentada, que no concurría ninguna de las causas de discriminación identificadas en el artículo 14 de la Constitución, como también lo era que las razones que hubiera podido manejar la empresa para esa diferencia nada tenían que ver con las circunstancias o condiciones personales o sociales con las que pone cierre dicho precepto. Dicho sea de paso, tampoco era posible advertir en este caso ninguna de las causas de discriminación que, sin estar expresamente consignadas en nuestro sistema interno, se encuentran acogidas en instrumentos o preceptos internacionales sobre igualdad y no discriminación.

Evidentemente, el problema no estaba de ninguna manera en la eventual afectación de los conocidos elencos de causas discriminatorias. Se alojaba más bien en el principio de igualdad, como bien aprecia la sentencia objeto de comentario. Se trataba de decidir, a la postre, si la regla de igualdad impuesta por la Constitución y el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico permite diferencias de trato y, concretamente, si permite o no la clase de diferencias que en esta ocasión los demandantes pusieron de relieve. Que la legislación española permite diferencias de trato era ya algo claro, a la vista de la jurisprudencia constitucional y ordinaria ya conocida. Que no merece la misma consideración el ámbito privado (donde debe haber sitio suficiente para aplicar criterios de libertad y autonomía en la gestión de los

correspondientes intereses) que el ámbito público (donde todo está más reglado y donde no es admisible la diferencia de trato entre unos u otros ciudadanos) también era fácil de aceptar, entre otras razones porque así se desprende de esos mismos precedentes. En realidad, lo problemático en ese caso, y en todos los que puedan plantearse con esos contornos, es más bien calibrar y determinar el tipo de distinciones que jurídicamente pueden admitirse o, por decirlo mejor, el grado de diferencia que puede entenderse justificado y proporcionado.

A partir del caso resuelto por la sentencia TS 149/2022, tal vez pudiera decirse que en todo lo que atañe a la organización objetiva del trabajo en las organizaciones productivas puede haber margen (y justificación) para la introducción de diferencias, siempre que los motivos sean razonables desde esa perspectiva de gestión empresarial y que no se sobrepasen los límites que impone el principio de no discriminación (y el de la razón, podríamos añadir). Podría precisarse aún que en ese tipo de cuestiones son los propios interesados los que mayores elementos de juicio tienen para decidir en el sentido de la uniformidad o, por el contrario, en el de la matización o ponderación de las circunstancias concurrentes en el trabajo con vistas a determinar su concreto régimen jurídico. Bien mirado, nadie puede conocer mejor que la empresa y que los propios trabajadores (o sus representaciones profesionales) cómo se organiza el trabajo, cómo es mejor organizarlo y cómo o en qué medida conviene distinguir entre unos supuestos y otros. Quizá en una posición muy purista o escrupulosa, es decir, en una interpretación muy estricta de los derechos implicados, pudiera sostenerse que, si todos los trabajadores tenían una misma jornada de trabajo (en términos cuantitativos), todos ellos debían tener un mismo trato a la hora de computar o no los minutos correspondientes a ese breve descanso intermedio conocido como “del bocadillo”. Pero también se podría decir que los trabajadores sujetos a un régimen horario predeterminado necesitan esa pausa, mientras que quienes prestan servicios con aquellas dosis de autoorganización viven cotidianamente una situación algo distinta y algo más holgada, potencialmente al menos, desde el punto de vista de la gestión o aplicación de su tiempo. Aunque todo esto suele ser bastante relativo (porque las maneras de valorar las cosas son muy distintas de unas personas a otras), lo cierto es que en el caso aquí enjuiciado no había identidad absoluta entre las situaciones comparadas, por lo que, a tenor de las tesis más canónicas sobre la igualdad de trato, había algún espacio para la diferencia de trato puesta en cuestión. Una diferencia que, por lo demás, no parece que fuese desproporcionada.

Alguna consideración merece, por lo demás, el juicio de contradicción efectuado por el TS en esta ocasión. Recordemos que entre las premisas de dicho juicio se encuentran tres afirmaciones básicas: 1) que se hayan dado respuestas judiciales diversas ante controversias que puedan considerarse sustancialmente iguales (aunque no necesariamente idénticas) a partir de su respectivo elenco de hechos, fundamentos y pretensiones; 2) que la contradicción no se ha de extraer de una comparación abstracta de doctrinas sino de una oposición de pronunciamientos concretos del órgano judicial a propósito de la correspondiente disputa, y 3) que la comparación no se ha de proyectar sobre los fundamentos de las sentencias, sino sobre los fundamentos que aparecen en las “pretensiones y resistencias” de las partes. En las resoluciones judiciales comparadas por la sentencia TS que ahora se comenta para dar paso o no al análisis del recurso subyacía una controversia que se ceñía a una cuestión de la misma naturaleza (concesión de una partida salarial a unos y no a otros), que había sido planteada a través de una pretensión equivalente (reclamación de una partida salarial que genera un agravio), y que se había llevado a sede jurisdiccional al amparo de un mismo fundamento jurídico (derecho a la igualdad), aunque los hechos, lógicamente, presentaran diferencias de cierto relieve. Por lo tanto, había mimbres suficientes para entender justificada la puesta en marcha de la operación comparativa y, una vez practicada, para advertir la existencia de contradicción, como alegaban los recurrentes, como luego adujo el Ministerio Fiscal y como finalmente entendió la propia Sala. Pero quizá valga la pena hacer un par de consideraciones sobre ello.

Da la impresión, por lo pronto, de que en asuntos como éste, es decir, en asuntos ligados a derechos fundamentales o a grandes principios de ordenación del sistema, como es el de igualdad y no discriminación, no es fácil deslindar el entramado del caso concreto (y la solución concreta) de la doctrina abstracta y general. Como se acaba de decir, y como no se cansa de reiterar el propio TS, la contradicción de la que hablan los preceptos legales de referencia para dar viabilidad al recurso de casación para unificación de doctrina no es la que pueda surgir de una comparación abstracta de doctrinas, sino la que deriva de una oposición o divergencia entre los pronunciamientos concretos de las respectivas sentencias. Pero en el aludido terreno de los derechos fundamentales no es tan fácil trazar una línea de distinción entre uno y otro plano (entre lo concreto y lo abstracto). En esos temas, al comparar pronunciamientos judiciales sobre pretensiones concretas, se está hablando a la postre del alcance y contenido del derecho. Esto es, al discutir la compatibilidad de una concreta diferencia con el principio de igualdad y no discriminación lo más probable es que se esté discutiendo sobre la manera más adecuada de entender el derecho. Lo abstracto parece absorber lo concreto y hacerlo prácticamente irrelevante. Por ello, el juicio de contradicción en ese particular contexto parece estar expuesto a mayores riesgos y mayores incertidumbres. Se quiera o no, en muchos casos la comparación entre pronunciamientos judiciales distintos sobre pretensiones relativas al derecho de igualdad y no discriminación entrañará en realidad una comparación entre concepciones o “doctrinas” sobre tal derecho. No será solo una comparación entre las respuestas dadas a cada caso, sino también, y quizá más aún, una comparación de la posición interpretativa que sobre el derecho en cuestión esconde cada respuesta. Por esa misma razón, también cabe la posibilidad de que, con el propósito de unificar interpretaciones, las diferencias fácticas que pudieran advertirse entre un pleito y otro queden preteridas o arrumbadas en el rincón de lo intrascendente. En el caso que nos ocupa, por ejemplo, el hecho de que la diferencia de trato no derivara de la misma fuente (convenio colectivo frente a práctica interna a la empresa) podía tener una relevancia mayor de la que finalmente tuvo.

No deja de tener interés, por otra parte, la invocación por la sentencia TS objeto de comentario de la denominada contradicción *a fortiori*, que en esencia se funda en la singular hipótesis de que la resolución judicial propuesta para el juicio de contradicción dé una respuesta que, a tenor de las circunstancias de hecho concurrentes en uno y otro caso, tendría incluso mayor fundamento en el asunto resuelto por la sentencia recurrida que en el asunto propio. El argumento sería más o menos el siguiente: si con tales circunstancias se resolvió de aquella manera, con más razón debería aplicarse esa misma solución al caso de autos, en el que las circunstancias son aún más apropiadas para adoptar aquella otra respuesta. De ahí que se advierta contradicción, no ya por el choque entre una y otra solución, sino más bien porque se presupone que la solución dada en un caso es mejor incluso para el caso contrastado. Centrándonos en nuestro asunto, si la sentencia propuesta para el juicio de contradicción entendió que no había lesión del derecho de igualdad y no discriminación en un contexto en el que la diferencia de trato salarial contaba con menos respaldo en los criterios de organización del trabajo y había sido introducida además por el “propio convenio colectivo aplicable”, más flagrante resultaba su contraste –a juicio del TS– con una sentencia –la recurrida en nuestro caso– que, en cambio, había considerado contraria a ese derecho una práctica que derivaba de una decisión unilateral de la empresa y que se justificaba por el distinto grado de disposición que tenían los grupos de trabajadores de referencia en la gestión de su tiempo de trabajo. Había más argumentos en este caso que en aquel otro –cabría decir, y viene a decir la sentencia TS– para despejar por infundadas o por falta de consistencia las quejas de afectación al derecho de igualdad y no discriminación. Al margen ahora de la singularidad de este método de abordar el juicio de contradicción, todo el razonamiento parece partir, de nuevo, de una concepción más general acerca del derecho en cuestión, concretamente de la premisa de que la regla de igualdad de trato puede y debe convivir con diferencias no discriminatorias que cuenten con suficiente justificación.

## **X. Apunte final.**

Es claro que, en el asunto comentado, no estamos ante diferencias introducidas por una norma estatal o por un convenio colectivo, ni tampoco ante la actuación de un sujeto público, sino ante decisiones adoptadas en el seno de una empresa privada. Pero no nos queda claro el origen auténtico de la diferencia de trato controvertida. A partir de los datos disponibles, y del correspondiente relato de hechos probados, la sentencia objeto de este comentario habla en algún pasaje de una diferencia que “se ha instrumentado mediante un acuerdo voluntario con los trabajadores afectados”, dice en algún otro pasaje que la diferencia salarial entre los grupos que se comparan se debe a la exclusiva voluntad de la empresa “constituyendo una condición más beneficiosa”, y, finalmente, anota en algún otro pasaje (a propósito del juicio de contradicción) que “en la sentencia recurrida la diferencia de trato proviene de una práctica empresarial de alcance colectivo”. Probablemente la respuesta debía ser la misma en cualquiera de esos escenarios, pero lo cierto es que no son del todo equivalentes. Cabe pensar, por ejemplo, que la adquisición de una condición más beneficiosa aporta a las eventuales diferencias de trato que de ella se deriven un grado mayor de justificación que una mera práctica empresarial, o que la celebración de un “acuerdo voluntario” con los trabajadores afectados traslada el asunto, desde el espacio aparentemente original del puro ejercicio de las facultades organizativas del empresario, al terreno de la voluntad de las partes como fuente de regulación del contrato de trabajo. En buena lógica, alguna valoración, matización o consideración especial debería merecer el uso de una u otra vía a la hora de decidir sobre la compatibilidad de las diferencias de trato con el derecho a la igualdad y no discriminación.