

EL REGIMEN JURIDICO DEL DESPIDO Y EL REAL DECRETO DE 22 DE JULIO DE 1928

I

PROPÓSITO (*)

1. *Justificación.*—El tema del despido ha sido objeto de un estudio bastante detenido por nuestra doctrina. Desde el estudio inicial de Pérez Botija al momento actual, monografías y artículos de revista han intentado, y en buena parte conseguido, un estudio completo y profundo de la materia (1). Ha quedado inédito, sin embargo, en general, el estudio de la evolución legal precedente y anterior a la positividad vigente, en su mayor parte herencia de la época anterior. La diversificación terminológica o las diferencias de tratamiento positivo que existen en nuestro ordenamiento y que dificultan grandemente la construcción, como instituto unitario, de un concepto jurídico de despido, pueden entenderse mejor y se facilita esta construcción si se tienen en cuenta los orígenes y el desarrollo de su regulación. Al mismo tiempo, muchos de los datos positivos existentes podrán ser mejor y más adecuadamente interpretados a la luz de los principios que inspiraron su establecimiento inicial y teniendo en cuenta su origen y la influencia comparada. Dentro de estos antecedentes tiene especial importancia el Real Decreto de 22 de julio de 1928, que establece un tratamiento del despido injustificado, cuyos principios sustanciales ha conservado la positividad vigente.

(*) El presente trabajo ha sido realizado en buena parte en el Seminario Jurídico de la Universidad de Munich, gracias a Pensión de Estudios concedida por la Comisaría de Protección Escolar. Nuestro agradecimiento a ambas instituciones, sin cuya colaboración y ayuda no hubiera sido posible. Se dedica a la memoria del Profesor Pérez Botija.

(1) Aparte del trabajo inicial de PÉREZ BOTIJA: *Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1943, y limitándonos sólo a las monografías, BENÍTEZ DE LUGO: *Extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1945; ALONSO OLEA: *El despido*, Madrid, 1950; CARRO IGELMO: *El despido injusto*, Barcelona, 1957; DE LA VILLA GIL, *La extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1960.

2. *El despido como acto extintivo.*—El concepto de despido no constituye ninguna especialidad del Derecho del Trabajo, ni ninguna peculiaridad sustancial o dogmática respecto al Derecho común privado; las particularidades junto a la terminología son sólo de tratamiento de las consecuencias del mismo. Por ello un estudio del despido debe abordarse partiendo de las construcciones ya elaboradas por el Derecho civil, evitando una excesiva «laboralización», riesgo muy posible en un sistema como el nuestro, con escasa precisión terminológica y una diferencia de regulación positiva en modo alguno sistematizada (2). Aun cuando la esencia de un instituto, en este caso el despido, no puede existir en sí mismo, sino que supone la plasmación de una determinada concepción en un orden jurídico concreto, ello no impide, e incluso exige, la construcción dogmática y unitaria del concepto de despido, que habrá de ser aplicado allí donde, por encima de la diferencia de regulación o denominación, se den las características que lo definen. El despido constituye un supuesto de lo que en Derecho común suele llamarse denuncia, institución típica, aunque no exclusiva, de las relaciones de duración (3), y que

(2) Laboralización que tiene el riesgo frecuente de considerar el despido como una mera sanción disciplinaria. Cfr. MANCINI: *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, I, págs. 3 y sigs.; ALONSO GARCÍA: *La ausencia...* R. O. P., págs. 116 y siguientes y 468.

(3) Como es sabido, falta entre nosotros una terminología precisa para la denominación de la institución, aunque tampoco es muy precisa la terminología empleada en otros sistemas (*Kündigung*, *recesso*, etc.). La doctrina y la legislación laboral suelen utilizar el término «rescisión», que semánticamente es el más adecuado, pero tiene el especial inconveniente de tener un significado restringido y preciso en la terminología civil. Por eso se han propuesto otros términos: *receso* (pero extraño aunque más preciso), *resolución* (que puede dar lugar a confusiones con el art. 1.124 del Código civil), o *desistimiento impreciso*, pues evidentemente, no se trata de un desistimiento, o sea, la supresión de los deberes de prestación derivados del contrato mediante declaración unilateral constitutiva con efecto retroactivo, restableciendo a las partes en la situación anterior a la existencia del contrato y obligando por ello a la restitución de las prestaciones recibidas (cfr. LARENZ: *Derecho de obligaciones*, trad. de SANTOS BRIZ, Madrid, 1958, I, pág. 391). La figura del *Rücktritt* tiene una eficacia similar a la de la anulación de las obligaciones contractuales en sentido estricto. Lo que quiere el que se desiste, afirma WOLF, es la *Rückgewähr* de lo prestado y la liberación de las obligaciones aún existentes («*Rücktritt Vertretenmüssen und Verschulden*», *ArchZivPr*, 153, pág. 97). Vid. sobre la diferencia entre *Rücktritt* y denuncia, ampliamente MANCINI: *Il recesso unilaterale*, cit., págs. 6 y sigs.

El propio término desistimiento indica renuncia, una incidencia en el acuerdo, del que una de las partes se desiste; hace referencia, por tanto, al contrario de la «denuncia», más al supuesto constitutivo que a la relación obligatoria. De ahí que se confunda con frecuencia con la revocación (*Widerruf*). Desistimiento, en cuanto significa desdecirse, equivale a la *disdetta*, que para algunos supone el acto tendente a evitar la renovación de ciertos contratos, para hacer indiscutible el efecto extintivo del agotamiento

consiste en la declaración de voluntad unilateral y recepticia, que tiene por efecto constitutivo la extinción de la relación jurídica para el futuro. Como negocio jurídico, la denuncia ha de calificarse de negocio de disposición, y el derecho a denunciar se califica de derecho de conformación o modificación (4).

3. *El despido, acto extintivo del empleador.*—De acuerdo a la opinión más generalizada, el término despido menta la denuncia de la relación de trabajo por el empleador, la extinción de la relación de trabajo por voluntad unilateral de éste o, más exactamente, el acto unilateral del empleador, que tiene como efecto constitutivo la extinción de la relación (5). Se excluye, en consecuencia, la denuncia por el trabajador, a la que la doctrina más reciente conviene en llamar «dimisión»; no se oculta con ello la común naturaleza de ambas instituciones, pero la unilateralidad del Derecho del Trabajo (6), so-

de la duración, evitando la renovación tácita del mismo y que no tiene efecto constitutivo-extintivo, cfr. VERCELLONE: *Disdetta, recesso discrezionale e recesso per giusta causa con riferimento al contr. d'agenzia*, Dir. econ., 1957, pág. 261 y sigs. Aparte de que el término de desistimiento tenga un sentido procesal preciso que excluye su utilización novedosa para definir el supuesto que se examina.

Apoyándonos en la autoridad de buena parte de nuestra doctrina (así, por ejemplo, los traductores del *Emnecerus*, PÉREZ BOTIJA, etc.), aceptamos aquí el término *denuncia*.

(4) Ha sido la doctrina alemana, como es sabido, la primera que ha llevado a cabo una construcción unitaria del concepto que luego ha sido recogida y reelaborada por la doctrina italiana, habiendo sido importante en esta labor conceptual la aportación de los estudiosos del Derecho del Trabajo. Vid. IMMERWAHR: *Die Kündigung, historisch und systematisch dargestellt*, Breslau, 1898; THIELE: «Die Kündigung, insbesondere beim Darlehen», *Archiv civ.*, Praxis, 89, págs. 87 y sigs., esp. pág. 89; GSCHNITZER: «Die Kündigung nach deutsches und öst. Recht, *Jher. Jahrb.*, 76, págs. 331 y sigs. y 244; HUG: *Das Kündigungsrecht...*, Aarau, 1926, II, pág. 41; MOLITOR: *Die Kündigung*, 2.^a ed., Mannheim, 1951, págs. 1 y sigs.; WALLMEYER: *Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, esp. págs. 163 y sigs. En la doctrina italiana la obra fundamental que resume y recoge toda la elaboración doctrinal es la de MANCINI, citada, esp. I, págs. 1-106. Los intentos de la construcción entre nosotros del concepto son recientes y han sido fundamentalmente iniciados por los iuslaboralistas; vid. por todos, aparte de los citados en la nota 1, SUÁREZ GONZÁLEZ: «El concepto técnico jurídico del despido», *R. D. Privado*, 1961, págs. 117 y sigs.; DE LA VILLA GIL: «Teoría del receso (problemas terminológicos acerca de la extinción del contrato de trabajo)», *R. D. T.*, XI-XII, 1960, págs. 81 y sigs.

(5) Cfr. ALONSO OLEA: *El despido*, cit. En general, hoy la doctrina de habla española suele admitir este sentido restringido del término despido. Vid. por todos RIVERO LAMAS: *La estabilidad en el empleo en el ordenamiento español*, ponencia I. C. I. D. T., página 15.

(6) Cfr. DURAND y JAUSSAUD: *Traité de Droit du travail*, I, pág. 249. El sentido un tanto excepcional de la unilateralidad en el sentido de que no se aplica allí donde no sea necesario restablecer la paridad de las partes es puesto de manifiesto, entre otros, por PROSPERETTI: *Il lavoro subordinato*, Milano, 1964, pág. 17.

bre todo en esta materia, permite y, entre nosotros, aconseja su estudio diferenciado. Por tanto, se hace aquí referencia exclusiva al despido empresarial; la evolución de su regulación hasta la II República, en especial durante la dictadura del General Primo de Rivera, es la que se estudia seguidamente.

II

EL DESPIDO EN LA CODIFICACIÓN LIBERAL

4. *El principio de la libertad de despido.*—Prescindiendo de antecedentes anteriores (7), la primera regulación moderna del despido se contiene en la Codificación. Como en otros sistemas, nuestro Código civil, al regular el arrendamiento de servicios, acepta el principio de la libertad de despido en la relación de la duración indefinida. La deducción del principio es clara: frente al «Code» (8), se permiten expresamente contratos de duración determinada y de duración indefinida, dejándose la cuestión a la autonomía de las partes (9). En el caso, y sólo en el caso, de contrato de duración determinada, el trabajador no puede ser despedido sin justa causa (con una regla especial para el servicio doméstico). Es decir, *a contrario sensu*, cabe despedir «sin justa causa» al trabajador cuando su contrato no tenga predeterminada su duración. El principio, por lo demás, está en directa consonancia con otro principio típico de la Codificación napoleónica, la prohibición de la contratación de por vida. La libertad de despido aparece así como medio de garantía de libertad, y el despido en el contrato de duración indefinida el procedimiento normal extintivo, paralelo al término en la de duración determinada.

Este principio general liberal de la libertad de despido en el contrato de duración indefinida, había sido recogido también por los Códigos de Comercio, aunque con sensibles diferencias: se establece una primera e importante

(7) Vid. sobre los mismos ampliamente, HOSTENCH: *El derecho de despido en el contrato de trabajo*, Barcelona, 1929; NÚÑEZ SAMPER: «Evolución del despido sin causa», *Estudios García Oviedo*, II, págs. 287 y sigs.

(8) «Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes» (art. 1.780, 1, del *Code*, reformado por Ley de 27 de diciembre de 1890). Vid. sobre el particular, por todos, CAMERLYNCK: *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, París, 1959, págs. 5 y sigs.

(9) Art. 1.583 del Código civil; vid. sobre el mismo: MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 3.^a ed., t. X, págs. 759 y sigs.; SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, 2.^a ed., Madrid, 1899, t. IV, pág. 793; DE DIEGO: *Derecho de obligaciones (Apuntes de Derecho civil)*, t. II, Madrid, 1913, págs. 120 y sigs.; VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid-Madrid, 1913, t. II, pág. 488.

garantía para el empleado al someterse ese despido libre a una obligación de preaviso (10); de otro lado, se recoge como regla general en su ámbito un principio que aceptaba también el artículo 1.584 del Código civil (para el trabajo doméstico), el de la posibilidad de despido sin causa en la relación de duración determinada, pero imponiendo la obligación de indemnizar los perjuicios que el despido ocasione (11).

5. *Despido «ordinario» y despido «extraordinario»*.—Con estos datos normativos puede hacerse una distinción fundamental en el ordenamiento de aquella época entre:

— *despido ad nutum, ordinario*, sin causa, tipificador de los contratos de duración indefinida; se trata de una facultad concedida a la parte para poner fin normal a la relación a la que no se había prestablecido término. Es una facultad libre concedida al empleador, consecuencia directa del principio de libertad y autonomía de la voluntad que preside la relación. Sin embargo, ya se establece una limitación inicial referida tan sólo a los dependientes de comercio (y extensiva luego por la costumbre a otros trabajadores), y es la necesidad de respetar un plazo de *preaviso* (o, en su caso, de abonarle los salarios correspondientes al mismo).

— *despido* basado «en justa causa» *extraordinario*, o inmediato; forma no normal de extinción de la relación, antes del agotamiento de su duración prevista, «no obstante no haber cumplido el plazo del empeño». Se trata de una figura que inicialmente es tipificadora del contrato de duración determinada, pues en éste sólo se permite el despido cuando lo justifique una justa causa, que es innecesaria en el contrato de duración indefinida, cuyo despido es «libre» por definición. Se produce, sin embargo, una extensión de la figura del despido por «justa causa» a los contratos de duración indefinida, y ello a consecuencia de la exigencia del preaviso al lado de su exigencia legal, cada vez más frecuentemente impuesta por la costumbre. Cuando existía «justa causa» en el despido, no se exigía el requisito del preaviso (12).

6. *Rasgos fundamentales de la regulación*.—Dos rasgos fundamentales caracterizan el régimen jurídico español del despido por justa causa en este momento:

— la prefijación de «causas especiales» por las que los comerciantes pue-

(10) Art. 196 del Código de Comercio de 1829, art. 302 del Código vigente. Sobre el significado del preaviso, vid. por todos, RUSSOMANO: *El preaviso en el Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1965.

(11) Art. 197 del Código de 1829, art. 299 del Código vigente. Cfr. HOSTENCH: *El derecho de despido*, cit., pág. 90; NÚÑEZ SAMPER: *Evolución*, cit., págs. 300-301.

(12) Cfr., por todas, la S. T. S. 25-V-1916.

dan despedir a sus dependientes, aunque la legislación civil se limita a establecer la cláusula general de «justa causa» (13);

—la admisión de efectos, en algunos casos, al despido extraordinario, aunque se demuestre la inexistencia o no suficiencia de la causa. Aun cuando la consecuencia normal de la inexistencia de justa causa para un despido que se ha basado en ella, debe ser en puridad la nulidad de tal despido (14), nuestro legislador admitió expresamente, para aquellas relaciones en las que el carácter fiduciario es más manifiesto (servicio doméstico, dependencia mercantil), la eficacia jurídica al despido «causal sin causa», pero estableciendo la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al indebidamente despedido. Se trata de una «arbitraria inobservancia del contrato» (15) frente a la que reacciona el ordenamiento no compeliendo a la ejecución, sino sancionando la falta contractual con una obligación de resarcimiento. A igual solución se llega, por otro lado, en las relaciones de duración indefinida mediante el fenómeno de la conversión de ese despido extraordinario en ordinario y que da lugar, en consecuencia, a la mera condenación de los salarios del preaviso. Sólo en las relaciones de duración determinada, de carácter no especialmente fiduciario, el principio de la causalidad del despido adquiere todo su valor jurídico; no «puede» despedirse «sin justa causa» al trabajador, porque sólo la existencia de la justa causa confiere poder jurídico al patrono para despedir (16).

7. *Los intentos de reforma.*—Esta regulación permanece inalterada durante las primeras décadas de este siglo, aunque no faltan algunas excepciones

(13) Principio de cláusula general más concorde con nuestra historia jurídica, vid., por ejemplo, las fuentes citadas por NÚÑEZ SAMPER: *Evolución*, cit., págs. 291 y sigs.

(14) Cfr. *a contrario sensu* SÁNCHEZ ROMÁN, que cita como especialidad del arrendamiento de servicios de criados domésticos el poder ser denunciante antes del agotamiento del término previsto aun no existiendo justa causa. (*Derecho civil*, citado, página 793.)

(15) Cfr. arts. 197 y 198 del Código de Comercio de 1829. La doctrina está de acuerdo en admitir que el despido *ante tempus* sin justa causa en el contrato de duración determinada es un supuesto de auténtico incumplimiento contractual; vid. especialmente GRECO: *Contratto di lavoro*, Torino, 1939, págs. 376 y sigs.

(16) Cfr. VOLKHAUSEN: *Das Recht zur fristlosen Entlassung*, Berlín, 1927; MANCINI: *Il recesso unilaterale*, cit., II; MOLITOR: *Die Kündigung*, cit., págs. 250 y sigs.

Según RAUCHFUSS, en el supuesto legal del despido extraordinario no basta sólo la declaración de voluntad dirigida a la extinción de la relación de trabajo, sino para su total perfección, la existencia de un fundamento del despido, que reside en el supuesto como dato vinculante para la declaración del despido. (*Studie zur ausserordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen*, Leipzig, 1938, pág. 9.)

para supuestos muy específicos (17). Sin embargo, entre los estudiosos comienza a discutirse el principio de la libertad de despido, así como la práctica, muy frecuente, de los contratos en cadena, de brevísimo plazo (18). Estas ideas cristalizan muy tímidamente en los primeros Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo.

Ya la muy importante Real Orden de 9 de noviembre de 1902, al establecer las Bases que habían de tener en cuenta la Comisión General de Codificación para la redacción de un Proyecto de Ley que reformara el capítulo 3.º, título 6., libro IV, del Código civil, sienta como criterio el de la indemnización al trabajador despedido sin justa causa aun en la relación de duración indefinida (19). Menos progresistas son las Bases de las que parte el Instituto de Reformas Sociales y que en sustancia son aceptadas en el Proyecto elaborado por el Instituto. En éste se exige para el despido «ordinario» un plazo de preaviso de al menos ocho días, sustituible por el abono del jornal correspondiente (20). En el despido extraordinario en las relaciones de trabajo de duración determinada se distingue entre las causas independientes de la voluntad de las partes y otras «debidamente justificadas», consistentes en la tipificación legal en supuestos genéricos de incumplimiento del trabajador (21). No se dice expresamente nada de la consecuencia de la falta de justa causa en estos casos; sin embargo, el artículo 28 hubiera dado pie a la admisión de la regla de la indemnización en estos casos más que a la declaración de nulidad de ese despido.

En el Proyecto de Dávila y en el Proyecto de Merino se recoge literalmente lo elaborado por el Instituto. El Proyecto de La Cierva sistematiza, aunque no con mucha precisión, la materia, distinguiendo claramente el despido ordinario con preaviso (sustituible por indemnización), que parece extender

(17) Así, para el contrato de aprendizaje los arts. 25 y sigs de la Ley 17-VI-1911. El R. D. 20-VI-1902, sobre trabajo para servicios y obras públicas del Estado, Provincia o Municipio, establece que en el contrato habrá de especificarse los requisitos para su denuncia, pero no debe olvidarse que este «contrato» es más bien un supuesto de pacto colectivo. Cfr. ALONSO OLEA: *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Madrid, 1955.

(18) Cfr. VALVERDE: *Tratado*, cit., pág. 488; GUTIÉRREZ GAMERO: *Legislación industrial*, Madrid, 1914, pág. 240.

(19) Su muy interesante texto en la *Gaceta* de 12-XI-1902.

(20) Art. 23, 2: «el patrono podrá, sin embargo, despedir al obrero en cualquier momento, abonándole el jornal correspondiente a ocho días». (Su texto en INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES: *Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo*, Madrid, 1911, págs. 3 y siguientes.)

(21) Art. 25: «Cuando se hubiere fijado objeto determinado o plazo para la duración del contrato, éste sólo podrá rescindirse...» Art. 28: «Tanto el patrono como el obrero han de indemnizar a la otra parte los perjuicios que la irroguen por el incumplimiento de las obligaciones contraídas». Cfr. también art. 29, *in fine*.

también a la relación de trabajo de duración determinada, y el despido extraordinario (sin indemnización) (22).

8. *La evolución jurisprudencial.*—La Jurisprudencia lleva a cabo en esta época una importante tarea de sistematización y fijación de criterios, intentando a veces paliar las consecuencias antisociales de la legislación vigente. Para ello, por un lado, realiza una notable ampliación del ámbito de los supuestos de los artículos 300 a 302 del Código de Comercio, para someterlos a esa regulación más favorable (23). Por otro lado, limita muy sensiblemente el principio de la libertad absoluta de despido. En principio, reconoce la Jurisprudencia que «no existe precepto legal alguno que obligue al patrono a no despedir al obrero concertado por tiempo indefinido» (24) y que el contrato puede «cesar en cualquier momento por voluntad de alguna de las partes, sin necesidad de la concurrencia de justa causa; y como, en virtud del principio proclamado por la Jurisprudencia, el que ejercita un derecho que le asiste no perjudica a otro, en tal supuesto no procede indemnización alguna» (25). De igual modo se señala que el derecho a la indemnización por despido sin justa

(22) Vid. los mismos en INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES: *Proyecto*, cit., págs. 133 y 143. Similar al del Instituto es también el Proyecto Sánchez Guerra de 1914, aun con algunas modificaciones: así, el deber de preaviso del artículo 23 tiene como excepción «salvo causa de fuerza mayor o de cualquier otra notoria, evidente, independiente de la voluntad del patrono», y se limita la facultad de despido ordinario al establecerse como salvedad «la confabulación entre el patrono y parte de sus obreros, lo cual ha de probarse si se reclama ante el Tribunal correspondiente». Similar al Proyecto Ruiz Jiménez de 1916. Más amplio el de Burgos Mazo de 1919 (vid. art. 100, 3.º, «por iniciativa del patrono, mediante motivos legítimos»). El propio Instituto elabora un nuevo Proyecto partiendo de un Anteproyecto aprobado en 1921 por el Consejo de Dirección y discutido por el Pleno y aprobado en 1924. Vid. los mismos en INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES: *Proyecto de Ley de Contrato de Trabajo*, Madrid, 1921; SOCIEDAD DE ESTUDIOS SOCIALES Y ECONÓMICOS: *Anteproyecto de Ley sobre contrato de trabajo*, Madrid, 1922, y *El contrato de trabajo*, Madrid, 1924. Según NÚÑEZ SAMPER, «Los Proyectos antes citados, las disposiciones reseñadas y otras más iban reflejando el ambiente de necesidad de una legislación especial que abordara los problemas entre empresarios y trabajadores y entre los que no era el menos importante el del despido sin causa» (*Evolución*, cit., pág. 306).

(23) Vid., por ejemplo, S. 24-II-1920.

(24) S. 27-I-1927. Cfr. SS. 26-II-1915, 30-I-1915, 15-VI-1915 y 12-VI-1926. Según las SS. de 6-XI-1914, 9-V-1917 y 6-XII-1923, en caso de tiempo indeterminado puede despedirse en cualquier momento.

Por otra parte, la Jurisprudencia es constante en reconocer validez a los pactos expresos en los que se establece la libertad absoluta de despido, aplicando aquí la regla «pacta sunt servanda», así la S. 26-II-1915. Cfr. 30-I-1913.

(25) Así S. 6-XI-1914. Cfr. SS. 9-V-1917, 2-VI-1925.

causa sólo procede cuando el obrero es despedido en contrato por cierto término o para cierta obra (26).

Sin embargo, la Jurisprudencia comienza a admitir sistemáticamente la existencia —por uso o por disposición colectiva o contractual— de un deber de preaviso, que, en caso de no ser respetado, da lugar a una indemnización sustitutoria, incompatible, por demás, con una indemnización por daños causados por la pérdida de empleo (que es la propia de la ausencia de causa en el despido extraordinario) (27). La Jurisprudencia llega a más: se denuncia «la deficiencia de nuestra legislación en la materia» y que, «por analogía, deben aplicarse los preceptos citados (del Código de Comercio) a los obreros industriales, porque no hay razón alguna para hacerlos de peor condición que los dependientes de comercio» (28). Se nota la influencia del legislador francés (29) al aceptarse el principio de que si bien en el caso de la relación de trabajo de duración indefinida cada parte puede denunciarla, cada parte y, en este caso, el empleador, puede despedir, pero el despido «intempestivo» (y aquí se hace reclamo a los usos) debe ser indemnizado (30). Da, con ello, la Jurisprudencia un muy importante paso para la fijación de límites al despido al reconocer, casi con generalidad, como límite temporal el de la observancia del preaviso; los tribunales se cuidan de garantizarla mediante la imposición del pago de los salarios de preaviso como indemnización sustitutoria (31).

9. *La dicotomía de despidos.*—Al llegar la Dictadura puede decirse que:

(26) Así S. 16-II-1917.

(27) Vid. S. 5-VI-1916. Según la Sentencia de 12 de junio de 1926, el art. 1.586. no es el único vínculo legal entre obreros y patronos en cuanto a sus relaciones de trabajo, porque supliéndolo y adicionándolo existen las posteriores leyes de carácter social, que las regulan con más amplitud y equidad.

(28) SS. 5-VI-1916 y 24-I-1917.

(29) Art. 1.780, 2, Code (reformado por la Ley de 27-XII-1780: «Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu á des dommges- interéts.» V. sobre su problemática, por todos, VICENT: *La dissolution du Contrat de Travail*, París, 1935, págs. 370 y sigs. y 461 y sigs.

(30) Cfr. SS. 29-II-1904 y 6-VI-1914. Según la S. 10-VI-1914, el arrendamiento de servicios pactado sin tiempo determinado puede cesar por voluntad de una de las partes sin que sea de aplicación el art. 1.586, pero cuando el patrono hace uso de esa «facultad es evidente que la rescisión del contrato por una parte puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, conforme al principio que sienta el art. 1.101, pero siempre que se demuestre su existencia. Cfr. S. 10-I-1920, que establece que la existencia de justa causa coloca al patrono en la situación de no incurrir en la indemnización que preceptúa el art. 1.101 C. C. Por cierto que en esta sentencia se sienta la doctrina de que «sin desconocerse el concepto jurídico y especial de las leyes de carácter social dictadas en beneficio del obrero, no es tampoco equitativo desconocer los intereses del patrono».

(31) Vid. por todas S. 22-I-1915.

nuestro ordenamiento recogía en sustancia la distinción tradicionalmente aceptada en otros entre el despido extraordinario, ligado siempre a la existencia de una justa causa, en general inmediato (32), y que no da lugar a derecho a indemnización alguna del trabajador (33), y el despido ordinario, propio sólo de las relaciones de duración indefinida, que es libre, no requiere justa causa, pero sí, en general, la observancia de preaviso (34).

III

EL DESPIDO EN LA DICTADURA. PRINCIPIOS GENERALES

10. *El despido en el Código de Trabajo.*—Inspirado en buena parte en el espíritu poco progresista de los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo, el Código de Trabajo no incluye una regulación especialmente innovadora en materia de despido, como lo muestra la conservación del sistema especial para los dependientes mercantiles, por entenderse más favorable a éstos (35). En sustancia, junto a la libertad de predeterminar o no la duración de la relación, el Código establece una presunción de duración determinada (lo que supone indirectamente una limitación a la facultad libre de despido) y el principio de que el contrato de trabajo por tiempo determinado no se puede dar por ter-

(32) Cfr. art. 28, I, L. 17-VI-1911. Tan sólo en algunos casos recogidos en las normas colectivas se prevén breves preavisos cuando la cesión del trabajo se da en base a causas específicamente determinadas. Cfr., por ejemplo, art. 24, II, del Convenio Colectivo de trabajo de maestros de obra de 1907 (cit. en INSTITUTO DE REFORMAS SOCIALES: *Proyecto*, pág. 409).

(33) Cfr. HOSTENCH: *El derecho de despido*, cit., págs. 91 y sigs.

(34) Vid. sobre el particular DEVEALI: *Lineamentos*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1953, páginas 295 y sigs., transformado con frecuencia en la práctica en indemnización sustitutoria, sustitución de carácter facultativo.

(35) Cfr. art. 23. ALARCÓN Y HORCAS: *Código del Trabajo*, Madrid, 1927, I, páginas 239 y sigs. Según BORRAJO, «el Código de Comercio, sobre todo el art. 302, siempre suponía un régimen más favorable y más completo. De ahí el interés de los grupos profesionales afectados porque se mantuviese en la nueva legislación» (*Los auxiliares del comerciante en el Derecho español*, R. D. M., 1957, pág. 261).

En general, nuestra doctrina ha reconocido la insuficiencia e imperfección del Código, bastante menos satisfactorio en lo concerniente al Contrato de Trabajo que los Proyectos anteriores. Vid. por todos ALONSO GARCÍA: *La Codificación del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1957, pág. 292; PÉREZ BOTIJA: *Código del Trabajo*, en N. E. Seix, t. IV, pág. 334. Ya al momento de promulgarse, DE BUEN afirmaba: «Se nos ha dado un Código que no es un Código, y cuyo mérito mayor será, si lo consigue, tener una vida efímera». (Prólogo de ALARCÓN: *Código del Trabajo*, cit., pág. XIII.)

terminado unilateralmente «antes de su vencimiento, a no mediar justa causa» (36); esto se reitera además al establecerse preceptivamente que «el contrato de trabajo durará el tiempo estipulado» (37). Puede decirse que el Código de Trabajo refuerza notablemente el principio del carácter extraordinario del despido por justa causa, de modo que vincula su eficacia al presupuesto de la existencia de la justa causa; a falta de ella, el despido carecerá de efectos y el contrato «durará el tiempo estipulado». En efecto, el artículo 20 sentaba sin lugar a duda, y el artículo 18, 1.º, lo reforzaba, la imposibilidad jurídica de un despido *ante tempus*, sin la existencia, como presupuesto de eficacia, de una justa causa, la cual, además —y esto es una innovación no carente de importancia—, se especificaba a través de tres supuestos típicos, manifestaciones todas ellas de incumplimiento del contrato.

Se acepta el principio del Derecho común de que en los contratos de relación determinada no existe libertad de despido-denuncia: el supuesto legal aceptado de despido en estos contratos exigía no sólo la declaración de voluntad del empleador de extinguir la relación de trabajo, sino también, para su total perfección, la existencia de un fundamento del despido, una justa causa legalmente preestablecida, la cual, como dato vinculante, debía existir antes de la declaración de despido. En principio, el despido extraordinario, si no existe la justa causa lo suficiente que lo fundamente, es ineficaz, pues la justa causa es, por decirlo con Rauchfuss, «el origen de la creación de la facultad de despido» (38).

(36) Arts. 11 y 20 del Código. La fijación de la duración parecía preceptiva, pues el art. 12, 1, decía: «en el contrato de trabajo se determinarán expresamente sus condiciones en relación con el artículo anterior». En este precepto veía la doctrina la repetición del principio civil de la prohibición de la contratación de por vida. Cfr. ALARCÓN: *Código del Trabajo*, cit., I, pág. 231.

(37) Art. 18. Este precepto fué interpretado en el sentido de significar la extinción por cumplimiento del contrato «al expirar el plazo por el que se hizo o al concluir la obra que lo motivó. Esta doctrina jurídica, recogida en todos los proyectos de contrato de trabajo, desde la propuesta del I. R. S. de 1902, es la que consagra el artículo 18 C. de trabajo» (ZANCADA: *Derecho corporativo español*, s. f., pág. 269).

(38) *Studie zur ausserordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen*, Leipzig, 1938, pág. 10. Hasta el punto esto es así que algunos autores han negado el carácter de *Kündigung* al extraordinario. Cfr. por todos GSCHNITZER: *Die Kündigung nach deutschen und österreichischen Recht*, cit., págs. 337 y sigs.

No debe aceptarse la clasificación en base a la existencia o no de preaviso, entendiéndose por ordinario el que tiene un plazo de preaviso, y extraordinario el inmediato o «brusco». La confusión no ha dejado de ser denunciada. Cfr. MANCINI: *Il recesso unilaterale*, cit., págs. 205 y sigs. Según este autor, para que exista despido extraordinario «no es suficiente que el poder sea concedido en vista de un cierto motivo; es necesario también —y es el requisito más importante— que la relación entre motivo y poder sea

Al lado de este despido extraordinario (por justa causa) y fundamentado en causas predeterminadas, cabía deducir implícitamente la posibilidad de un despido ordinario (y el reconocimiento de la libertad de despido) en la relación de trabajo de duración indefinida, dada la expresa referencia del Código en su artículo 20 a sólo contratos «por tiempo determinado». La falta de tratamiento legal de estos despidos ordinarios es sorprendente si se tiene en cuenta que ya por aquel tiempo la «tutela del contratante más débil» había hecho establecer en otros países normas protectoras para el trabajador y sobre todo que ya existía bastante generalizada la costumbre del preaviso que el legislador hubiera podido generalizar (39). Sin embargo, debe señalarse que en la práctica dominaba en la época la contratación por tiempo determinado: la estabilidad de ésta es la que intenta proteger sólo el nuevo Código.

En suma, como puede verse, poca innovación suponía el Código de Trabajo

tal que el acto intimado en ausencia del primero o en base a un motivo menos grave decaiga por invalidez» (*op. cit.*, II, pág. 5 de la ed. prov.). La distinción es consecuencia de la diversa función de ambas instituciones; el despido ordinario sirve para garantizar la temporalidad de la relación de trabajo de duración indefinida, mientras que el extraordinario tiene como función provocar la cesación «anticipada» de la relación cuando existe un fundamento que impide la continuación de la relación, lo que no tiene necesariamente que consistir en «incumplimiento de aquella parte que no ha permanecido fiel al contrato», como sostiene RIVERO LAMAS, que, por lo demás, trata con suma agudeza y precisión la distinción (*La estabilidad en el empleo*, cit., pág. 27). Cfr. WALLMEYER: *Die Kündigung*, cit., págs. 10 y sigs.

(39) Hasta tal punto, que se define el contrato de trabajo por tiempo indeterminado como «el que puede resolverse en cualquier momento por la voluntad de ambas o una sola de las partes», y que «el principio en que se funda el derecho de obligaciones civiles, según el cual, por el consentimiento de ambas partes se crea un vínculo cuya disolución no depende de la voluntad de una sola, tiene su excepción en el arrendamiento de servicios sin duración determinada. En este contrato se admite la resolución por iniciativa de cualquiera de los contratantes; tanto el patrono como el obrero pueden válidamente dar por terminado el ajuste en cualquier momento...; se funda en la libertad individual, pero la verdadera causa de esa facultad de los contratantes se halla en la esencia del llamado contrato sin tiempo fijo (ALARCÓN HORCAS: *Op. cit.*, págs. 231 y 236). Este autor traza ya una distinción entre el contrato sin tiempo fijo eventual y el permanente o indefinido dirigido a perdurar «mientras no sufran alteración las relaciones de normalidad impuesta por la naturaleza de sus mutuas prestaciones» y alude en estos casos al preaviso (pactado, usual o legal) como medio de «garantizar al patrono su derecho a la continuidad del esfuerzo productivo y al obrero su crédito al salario», preaviso exigible por igual a ambas partes (*op. cit.* pág. 238). Sobre la evolución histórica del preaviso, vid. RUSSOMANO: *El preaviso*, cit., págs. 31 y sigs. Sobre cómo a través de la institución del preaviso se establece una cierta protección de la estabilidad de la relación, vid. por todos ROBERT: «La protection contre la rupture dans les contrats...», en *La tendance a la stabilité du rapport contractuel*, dirig. por DURAND, París, 1960, páginas 37 y sigs.; HUG: *Kündigungsrecht*, cit., I.

respecto a las reglas contenidas en el Código civil. Sucintamente, tan sólo deja bien claro la ineficacia del despido extraordinario en los casos de inexistencia de la justa causa y la tipificación legal de estas justas causas.

11. *La modificación del Real Decreto de Organización Corporativa Nacional y su significao.*—La insuficiencia de regulación en esta materia va a ser pronto parcialmente salvada por el muy importante Real Decreto de 22 de julio de 1928, modificadorio del Real Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926 sobre Organización Corporativa Nacional. La nueva regulación se justificaba en base a una doble idea: primeramente, el coordinar la labor de los Comités Paritarios con los preceptos jurisdiccionales del Código de Trabajo, evitando dudas, «tanto respecto a la competencia de los organismos como a los límites jurisdiccionales de su actividad conciliatoria». Para eso se fija claramente las «facultades de los Comités Paritarios en materia de despido».

Pero, en segundo lugar, a través del Decreto se quería establecer un «procedimiento por el cual se garantizan los derechos de patronos y obreros dentro de la órbita de sus obligaciones contractuales, a fin de que ni la disciplina del trabajo se quebrante, ni sean consentidas represalias injustas». Esta segunda justificación y finalidad, que la Exposición del Decreto señala, explica en buena parte la peculiaridad de su contenido: se intenta establecer una medida protectora para el trabajador sin que con ello se limiten los poderes que se estiman propios del empleador.

A través de una composición y equilibrio de intereses se llega a una solución aparentemente transaccional e intermedia.

12. *Rasgos fundamentales del nuevo sistema.*—La nueva redacción del artículo 17 del Real Decreto Ley sobre Organización Corporativa Nacional significa, en lo que al despido se refiere, sintéticamente lo siguiente:

— posibilidad de impugnación ante los Comités Paritarios, en breve plazo, por el trabajador, del despido *ante tempus* (en la relación de duración determinada), cuando no exista causa que lo justifique. Se trata, por tanto, de la «reclamación» frente al despido extraordinario, no quedando afectado en principio el despido ordinario, propio de las relaciones de duración indefinida (40).

(40) «Antes del vencimiento del plazo del contrato» (núm. 2.º). Según el núm. 3 del art. 17 reformado por el Decreto, «cuando un obrero sea despedido *antes del plazo* del contrato por alegar el patrono alguna de las causas que justifican el despido o sin indicar motivo alguno, el obrero podrá acudir al Comité Paritario en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, si reside en la misma población, ampliable por otras cuarenta y ocho si reside fuera, reclamando contra el despido.

Según la doctrina, se concedía en esta materia a los organismos corporativos «poder jurisdiccional» y que el Decreto que comentamos hace que «los Comités Paritarios, actuando como Jurados y sus presidentes como Magistrados de Trabajo, fueron investi.

La nueva regulación se limita a fijar las consecuencias de la falta de causa suficiente en un despido extraordinario, suponiendo como innovación fundamental el no suponer de por sí ni necesariamente la nulidad e ineficacia de ese despido.

— una solución peculiar en la regulación de las consecuencias de falta de causa en el despido extraordinario: el «patrono deberá readmitirle (al obrero) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al en que se firme el fallo del Comité, a menos que en tal momento estuviese ya el obrero despedido nuevamente colocado. En ambos casos el patrono queda obligado a satisfacer al obrero el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubiesen mediado entre el despido y la readmisión, o, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente» (art. 17, 6.º).

— posibilidad de no ejecución de ese deber patronal de readmitir satisfaciendo el empleador al trabajador una «indemnización de perjuicios por el tiempo que pueda tardar en hallar una colocación», fijada por el propio Comité en cantidad comprendida entre el importe de quince días y tres meses de salarios (41).

dos de *facultades judiciales*, limitadas, por el momento, a la materia de despidos. Por tanto, el Decreto-Ley consagra la creación en toda España de la Jurisdicción especial corporativa de trabajo, última forma, la más perfecta, de la especialización judicial en estas materias» (GALLART FOLCH: *Derecho administrativo y procesal de las corporaciones de trabajo*, Barcelona, 1929, pág. 164).

(41) Para facilidad del lector acompañamos el texto de los números 6.º y 7.º del artículo 17 modificado: «6.º Si en el fallo se declarase que *no existe causa que justifique el despido* del obrero, el patrono deberá readmitirle dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al en que sea firme el fallo del Comité, *a menos que en tal momento estuviese ya el obrero despedido nuevamente colocado*. En ambos casos, el patrono queda obligado a satisfacer al obrero el importe íntegro de los jornales correspondientes a los días que hubiesen mediado entre el *despido y la readmisión*, o, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente.

7.º Si hallándose obligado el patrono a readmitir al obrero despedido y aún no colocado nuevamente, no quisiese readmitirlo, además de abonarle el importe de los jornales correspondientes al tiempo transcurrido entre el despido y el día en que, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, hubiera debido readmitir al obrero, satisfará a éste, en concepto de indemnización de perjuicios por el tiempo en que pueda tardar en hallar nueva colocación, una cantidad que podrá variar entre el importe de quince días y tres meses de jornal.

La cuantía de esta indemnización la fijará el propio Comité, teniendo en cuenta para señalarla la naturaleza del empleo, el tiempo que el obrero viniera prestando su servicio, las cargas familiares del trabajador, la facilidad que exista en el oficio o profesión para colocarse nuevamente y todas las demás circunstancias del perjuicio ocasionado.»

La regulación pasa sin modificaciones importantes a los arts. 63 y sigs. del Texto Refundido del R. D. L. de Organización Corporativa Nacional (aprobado el 8-III-1929).

13. *La influencia del sistema alemán.*—Esta importante innovación en las consecuencias de la ausencia de justa causa en el despido extraordinario no es, sin embargo, original, sino que denota una notable influencia directa de la legislación comparada, en especial del sistema previsto en la B. R. G. alemana, aun cuando, como se ha de ver, con muy especiales diferencias, que dan a nuestro sistema una peculiaridad propia.

El legislador alemán, en un deseo de buscar un punto medio entre cierta seguridad de empleo y, a la vez, de no sobrecargar de fuerzas improductivas o indisciplinadas a las empresas, había establecido en favor del trabajador individual una serie de preceptos específicos que limitaban las posibilidades de sus despidos (42). De entre éstos tienen especial interés los contenidos en la Betriebsrätegesetz de 4 de febrero de 1920. Tales preceptos, de aplicación limitada a las empresas en las que exista un Betriebsrat, no se dirigían a sustituir a los existentes sobre el despido en el B. G. B., H. G. B., GewO, L. A. O., etcétera, sino, y esto no es un rasgo muy peculiar de este sistema, meramente a completarlos. Al lado de la regulación «común» se estableció una de carácter «colectivo» o social y precisamente para aquel despido, el «ordinario», cuya validez inicial admitían los preceptos civiles cuando se respetaban las condiciones de forma legalmente exigidas (43).

La B. R. G. parte de que en el despido ordinario de un contrato de trabajo por el empresario, puede existir una arbitrariedad. El interés individual como el colectivo se estima requiera impedir de algún modo las arbitrariedades y los abusos en el ejercicio del derecho «libre» de despido reconocido al empleador. El sistema previsto no quiebra esa libertad de despido, antes bien, parte de su existencia y de la eficacia de su ejercicio; tan sólo reacciona limitadamente frente a los manifiestamente arbitrarios, por basarse en motivos especialmente abusivos (por pertenencia a sexo, actividad política, militar, religiosa o sindical, inmotivado, si supone un rigor injusto, etc.) (44). Es decir, no se trata de con-

(42) Una exposición sucinta de las mismas en VINCENT: *La dissolution du contrat de travail*, Paris, 1935, págs. 106 y sigs.

(43) Parg. 620, 2, B. G. B.: «Cuando la duración de la relación de servicio no es determinada, ni determinable por la naturaleza o fin de los servicios, cada una de las partes puede denunciar la relación...» Cfr. par. 122 GewO, par. 66 H. G. B., etc. Sobre la nueva legislación, no derogaba, sino que se acumulaba a la anterior, que permanecía vigente. Vid. por todos, FLATOW y KAHN-FREUND: *B. R. G. Komm.*, Vorb, par. 81, 1; HUECK NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 1.ª ed., I, págs. 363 y sigs.

(44) Parg. 84 B. R. G.: «El trabajador despedido por el empleador puede, en el plazo de cinco días, oponerse o apelar al Consejo, en los casos siguientes:

1.º Cuando existen razones para sospechar que el despido ha sido debido a su sexo,

vertir en extraordinario todo despido, sino tan sólo de conceder al trabajador despedido —válida y regularmente desde el punto de vista jurídico civil— un derecho a reclamar (*Einspruchrecht*), a oponerse a ese despido, que si daba resultado (al comprobarse la existencia de los motivos de oposición legalmente previstos, no suponía la invalidación o declaración de nulidad del despido, sino que, pese a la validez de éste, suponía la condena al empleador a elegir entre la reintegración del trabajador a su puesto de trabajo o a una indemnización que ya la propia sentencia judicial condenatoria fija a más de los salarios correspondientes al período de tramitación (45). La originalidad de la especial protección del despido contenida en la B. R. G. radica en que deja existente el anterior poder de despido, pero lo somete a límites jurídicos y fácticos, que no tienen, sin embargo, consecuencias inmediatas respecto a la nulidad. «Se trata de casos muy determinados, jurídicamente fijados, en los que la facul-

a su actividad política, militar, religiosa o sindicalista, o al hecho de pertenecer o no a una sociedad política, religiosa o profesional o a un club militar.

2.º Cuando el despido ha sido dado sin motivar razón.

3.º Cuando el despido ha sido motivado por el rehusé del trabajador de ejecutar regularmente otro trabajo del estipulado.

4.º Cuando el despido resulta injusto y entraña consecuencias que no son debidas ni a la conducta del trabajador ni a las condiciones de la empresa.» Vid. sobre estos motivos de oposición, FLATOW y KAHN-FREUND: *Op. cit.*, par. 84; MANSFELD: B. R. G., *Komm.*, 2.ª ed., págs. 431 y sigs.; HUECK NIPPERDEY: *Lehrbuch*, cit., I, págs. 267 y siguientes.

Sobre el significado limitativo de estos motivos de «oposición», inspirados todos en la idea de que el empleador haga un uso racional, social y equitativo de su poder de despido, vid. VINCENT: *La dissolution du contrat de travail*, cit., págs. 275 y sigs.

(45) Parg. 87 B. R. G.: «Si la sentencia del Tribunal Laboral admite que la oposición hecha a despido es justificada, condenará al mismo tiempo al empleador a pagar una indemnización al despedido para el caso de que rehusara de readmitirlo a su servicio. La indemnización será proporcionada a la cifra total de años durante los cuales el trabajador ha trabajado en la empresa y será fijada por cada año según una tasa que se puede elevar hasta duodécima parte del salario ganado en el año transcurrido, sin poder sobrepasar en todo caso el total los seis doceavos. En el cálculo de la indemnización habrá de tenerse en cuenta a la vez la situación económica del trabajador y la capacidad económica del empleador.

En un plazo de tres días después de la firma de la sentencia, el empleador debe, sea verbalmente o por escrito, *declarar al trabajador la elección que hace*: readmisión o indemnización. A falta de esta declaración, se reputará haber rehusado el readmitirlo.»

Se afirma que en el «derecho de oposición» se protesta contra un despido «regular y válidamente en derecho civil» (así, VINCENT: *Op. cit.*, pág. 264). Que esto no supone la transformación de un despido ordinario en extraordinario lo demuestra, además, por el hecho de establecerse límites negativos al despido contenidos en los motivos determinados de oposición. Cfr. MANCINI: *Il recesso...*, cit., t. II, pág. 4; MOLITOR: *Die Kündigung*, 2.ª ed., págs. 200 y sigs. y 251 y sigs.

tad de despedir no desaparece pero es modificada en su eficacia» (46). La violación contra los preceptos del B. R. G. constituye una forma especial de defecto que no conduce necesariamente a la nulidad del despido, pues el negocio es en sí válido, pero, porque la ley «desaprueba» el despido, lo somete a la reclamación que conduce, en ciertas circunstancias pero no necesariamente, a la eliminación de los efectos del despido (47) .

14. *Los principios del régimen de despido extraordinario.*—De esta regulación deben destacarse como principios, que influyen decisivamente en nuestro ordenamiento, los siguientes :

— validez «civil» y, por tanto, eficacia jurídica del despido ordinario declarado en contradicción con límites de la B. R. G.

— reconocimiento al trabajador de un derecho, ejercitable en brevísimo plazo, a reclamar frente a ese despido, reclamación que no da lugar necesariamente a su revocación.

— elección por el empleador, en caso de condena, entre la readmisión («revocación» del despido) o una indemnización fijada en la propia sentencia.

— condena, en todo caso, a los salarios de «tramitación».

Sucesivamente examinaremos cada uno de estos principios, constatando cómo han sido recogidos y adaptados en nuestro régimen jurídico a través de la reforma del Real Decreto Ley sobre Organización Coporativa Nacional. Lo singular, y ello constituye todavía el rasgo más peculiar de nuestro ordenamiento, es que, como se ha de ver seguidamente, se aplica el sistema del B. R. G. no como límite al ejercicio abusivo del despido ordinario, sino como reacción jurídica frente a la inexistencia de causa en el despido extraordinario.

IV

LA EFICACIA ORIGINARIA DEL DESPIDO

15. *El Einspruchrecht frente al despido ordinario.*—Según se acaba de ver, la B. R. G. no suprimía el medio normal de extinción de la relación de trabajo de duración indefinida, ni convertía en excepcional el despido ordinario; tan sólo establecía una muy limitada responsabilidad para el ejercicio arbitrario o abusivo del poder de despido. La eficacia inicial de ese «despido» arbitrario

(46) Cfr. HUECK, en MOLITOR, HUECK-RIEZLER: *Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines A. A. G.*, 1925, págs. 210-214.

(47) MOLITOR: *Die Kündigung*, cit., 1.^a ed., pág. 153. Que partía de la libertad de despido se reconoce hoy por la generalidad; vid., por todos, NIPPERDEY, en *Lehrbuch*, 6.^a ed., II, pág. 637.

fué aceptada unánimemente por la doctrina, que señaló que del carácter «abstracto» del despido ordinario derivaba que careciera de significación para su validez y eficacia la existencia de un fundamento para su ejercicio (48). Se afirma taxativamente que el despido es siempre eficaz y sólo posteriormente puede ser impugnado por fundamentos fijados por la Ley (49).

Un medio extintivo normal no devenía excepcional; el legislador presupone la libertad de despido y limitaba negativamente los supuestos en los que, por las circunstancias que concurren, es abusivo el ejercicio por el empleador del poder de despedir (que permanece subsistente). Pero las consecuencias legales de este abuso no estaban ligadas directa ni necesariamente a la eficacia extintiva del despido (50); como hoy pone de relieve la doctrina, «se trataba sólo de una muy limitada protección del trabajador» (51).

Nuestro ordenamiento al acoger el sistema para aplicarlo al despido por «justa causa», lo transforma sensiblemente. El artículo 20 del Código de Trabajo sentaba sin lugar a duda la imposibilidad jurídica de un despido *ante tempus* sin existencia de justa causa. Como es sabido, en principio, el despido extraordinario, si no existe la justa causa suficiente que lo fundamente, es ineficaz, al margen que por la aceptación del despedido, por su conversión en ordinario, etc., puede producir ciertos efectos (52). Por su propia naturaleza, el despido extraordinario sólo puede tener eficacia en el marco concedido por la Ley, y todo despido de este tipo, sin darse causa que lo justifique, supone la violación de un compromiso contractual. Como su propio nombre indica, el despido extraordinario es un poder jurídico de solución *ante tempus* del contrato en contra del pacto originario y que sólo se concede en circunstancias excepcionales; por eso no es posible (frente a lo que ocurre en el despido ordinario, que presupone un poder *ad nutum* del empleador) un abuso del mismo, una extralimitación impuesta basada en la situación de superioridad económica (53). La protección del despido, que trata de evitar el abuso o extralimitación del empleador, encuentra su ámbito originario propio en el des-

(48) Cfr., por ejemplo, MOLITOR: *Die Kündigung*, 1.^a ed., pág. 153, 2.^a ed., páginas 202-205.

(49) Cfr. MARTENS: *Das Recht am Arbeitsplatz in Schriftum und nach der Rechtsprechung des B. A. C.*, Münster Diss, 1963, pág. 5; HUECK, KLAGE und URTEIL... I *Festschrift Nipperdey*, págs. 99 y sigs.

(50) NIPPERDEY: *Lehrbuch* cit., 6.^a ed., II, pág. 637, y *Festschrift Sitzler*.

(51) MARTENS: *Loc. cit.*, pág. 6.

(52) LOTMAR: *Der Arbeitsvertrag*, 1902, pág. 568. El juego de la conversión en base al *par. 140 B. G. B.* es admitido generalmente por la doctrina: vid., por ejemplo, MOLITOR: *Die Kündigung*, cit., 2.^a ed., pág. 256.

(53) Así, ANTHES: *Kündigungsschutz*, München, 1934, pág. 3.

pido ordinario, pues la mejor protección frente al despido extraordinario está en su propia naturaleza y función.

16. *Su aplicación en el Decreto al despido extraordinario: el despido extraordinario «ad nutum».*—La transposición realizada en nuestro ordenamiento de un sistema referido de forma directa e inmediata al despido ordinario, a su aplicación directa y exclusiva al despido por justa causa, supuso una innovación cuya trascendencia quizá pasara desapercibida por los azares del momento. En última instancia, *supuso reconocer* en el seno de la relación de trabajo de duración determinada *un cierto derecho de despido del empleador*, y, por tanto, reconocer a éste una disposición sobre la propia relación de trabajo. Aunque no cabe duda de que la medida tenía una recta intención protectora y venía a llenar una laguna importante en la regulación de la materia, en el plano dogmático supone una importante pérdida de la estabilidad de la relación, pues una relación no «despedible» deviene tal (54).

La excepción de que el despido extraordinario esté subordinado en su validez y eficacia a una causa «que legitima la interrupción intempestiva de las recíprocas obligaciones y derechos» lo convierte, en la expresión de la doctrina, en despido «extraordinario *ad nutum*» es decir, un despido en el que el acto extintivo es susceptible de realizarse aun en ausencia del motivo legal o convencionalmente previsto (55). Con la nueva regulación el despido *por justa causa* deja de serlo en el sentido que ese *por se* eleve a supuesto constitutivo de la existencia del poder, antes bien, se reconoce al empleador un poder de despedir, esto es, un poder de extinguir la relación de trabajo por su acto de su voluntad: como indica Alonso Olea, la voluntad del empleador basta para extinguir la relación de trabajo (56).

El reconocimiento de ese poder y el admitir que la relación de trabajo de duración determinada pueda ser denunciada, no son incompatibles con que,

(54) La «despidibilidad» como característica de la relación de trabajo por tiempo indefinido tiene por base que la temporabilidad vínculo es el único fundamento de ese despido, mientras que es la fiduciiedad de la relación el fundamento del despido *por justa causa* en la relación de duración determinada; sólo el defecto sobrevenido de confianza reflejado en la existencia de la justa causa lo legitima. Cfr. NOVARA: *Il recesso volontario dal rapporto de lavoro*, Milano, 1961, págs. 30 y sig. En supuestos muy especiales se admite el despido extraordinario *ad nutum* (válido sin justa causa, pero obligando a una indemnización) en las relaciones donde la fiduciiedad y la confianza es extrema; así, nuestro Código civil con el servicio doméstico, en contraposición con los demás arrendamientos de servicios. La nulidad del despido en la relación de duración determinada faltando justa causa, no fue, sin embargo, claramente admitida por los comentaristas del Código de Trabajo. Cfr. ALARCÓN: *Op. cit.*, pág. 249.

(55) Cfr. MANGINI: *Il recesso unilaterale*, cit., I, pág. 215; 11, pág. 3.

(56) *El despido*, cit., págs. 11 y sigs.

al lado de ese poder e independientemente de él, exista un deber jurídico de no ejercitarlo sin justa causa y que se traducirá en última instancia en una responsabilidad indemnizatoria (57).

17. *El efecto originario extintivo del despido.*—Al margen del problema ya histórico de la legalidad de la medida por ser contradictoria con el Código de Trabajo (58), el presuponer en el empleador un poder de despido supone reconocer la validez originaria de su ejercicio y, por ende, el efecto extintivo de la decisión del empleador; ello equivale, por otro lado, a negar el carácter genuinamente «causal» de ese despido, dos consecuencias importantes que no siempre se han tenido en cuenta en nuestra doctrina (59).

Un examen detenido de la regulación contenida en el Decreto que comentamos, e incluso de las disposiciones sobre la materia que sucesivamente lo han venido sustituyendo, muestra claramente la eficacia originaria del acto del empleador. La impugnación del despido (salvo los casos muy típicos de despidos especiales con marcada protección de la estabilidad) parte en nuestro ordenamiento de la validez originaria del acto. Ni es convincente el reciente intento de distinguir entre contrato y relación para afirmar que el llamado hoy despido improcedente adquiere su plenitud de eficacia sólo tras la opción en favor de la indemnización, ya que la «relación laboral no se ha extinguido por la declaración de despido» (60). Es cierto que el efecto jurídico del despido afecta, como ha reconocido siempre la doctrina, a la relación que disuel-

(57) MANCINI: *Op. cit.*, t. II, pág. 5.

(58) Debe señalarse que el Decreto establecía la reforma de una disposición con rango de Ley (el Decreto Ley de Organización Corporativa Nacional, y que luego pasa a una disposición con rango de Ley, el Texto Refundido del citado Decreto Ley. Por otro lado, el núm. 2 del art. 17, que reforma, se remite al propio Código de Trabajo, y repite el mismo principio sentado por ésta: «no podrá ninguna de las partes... darle por terminado (antes del vencimiento del plazo) a no mediar alguna de las justas causas...».

Muy probablemente el Decreto parte de una práctica de aceptación de efectos del despido, pese a la falta de justa causa, ya que la doctrina misma no acepta la colocación en mora del empleador que incumple el contrato denunciándolo sin causa: «no puede tener derecho a reclamar la integridad de sueldos o jornales que hubiera debido percibir de haberse cumplido el contrato hasta su término normal, porque, al recobrar el obrero su libertad de acción, puede entrar al servicio de otra persona, no siendo lícito percibir lo no debido, o sea, el precio de lo que no se ha trabajado» (ALARCÓN: *Op. cit.*, I, pág. 249). A través del Decreto se conseguía, por tanto, una notable mejora respecto a la situación antecedente. Por ello se sostiene que «la evolución jurídica española en torno al problema del despido podemos decir que comienza en julio de 1928» (GALLART: *Derecho español del trabajo*, Madrid, 1936, pág. 78.)

(59) Cfr., por ejemplo, SUÁREZ GONZÁLEZ: *Concepto técnico-jurídico del despido*, R. D. P., 1961, II.

(60) RIVERO LAMAS: *Trab. cit.*, pág. 21.

ve y sólo indirectamente afecta al contrato; el despido, como denuncia que es, no supone una disolución del contrato, sino más bien la extinción de la relación constituida por aquél. Ello significa que la declaración de voluntad se dirige a la relación como tal y no al compromiso constitutivo, por eso no es una revocación o un desistirse del compromiso contraído, distinguiéndose así de los demás actos unilaterales extintivos que tienen esta función (61). Decir que el despido no supone romper la fuerza vinculante del contrato, sino una extinción de la relación de trabajo, no significa ni con mucho la persistencia del contrato, que se ha disuelto con la extinción de aquélla. Que algunos efectos jurídicos permanecen es evidente y lo reconoce la doctrina (62), pero precisamente son efectos propios de la relación obligatoria.

El efecto originario del despido supone, por consiguiente, la extinción de la relación de trabajo y del contrato que le sirve de base, sin que argumente contra esto la existencia del deber específico de pagar los salarios de tramitación, como habrá de verse más adelante.

18. *La acausalidad del despido en la doctrina.*—Con independencia de la ineficacia originaria del despido, el nuevo sistema supone que la validez del despido, en última instancia, no tenía como presupuesto la existencia de una justa causa elevada a presupuesto del poder del despido. Esto supone el carácter «no causal» del despido, o, como afirma buena parte de la doctrina (63), que el despido es un negocio jurídico abstracto. Ahora bien, esta última afirmación debe aceptarse siempre que la referencia a negocio abstracto no se haga

(61) Cfr. MOLITOR: *Die Kündigung*, cit., págs. 12 y sigs. Según WALLMEYER, lo característico de la denuncia es la disolución para el futuro de la relación de trabajo, su función es la desaparición de un vínculo obligatorio. «Angriffsziel der Kündigung bleibt deshalb die schuldrechtliche Leistungsbeziehung als solche und nicht die Trennung von der Person eines Vertragspartners» (*Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund*, Stuttgart, 1962, pág. 163). Cfr. PROPERETTI: *Il lavoro subordinato*, citado, pág. 65.

(62) Cfr. MOLITOR: *Die Kündigung*, 2.ª ed., págs. 301 y sigs.; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, 3.ª ed., I, págs. 852 y sigs.; HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, cit., 7.ª ed., páginas 711 y sigs.

(63) En general, ha sido la doctrina alemana la que más frecuentemente ha hablado del carácter «abstracto» del despido; vid., por ejemplo, MOLITOR: *Die Kündigung*, citado, pág. 109; HUECK: *Lehrbuch*, cit., I; GSHNITZER, *Die Kündigung*, citado, página 347. La doctrina italiana también se ha ocupado del tema. Vid. BUCISSANO: «Ancora sui limiti di validità del licenziamento con riferimento alla causa e ai motivi», *Riv. Giur. lav.*, 1952, págs. 155 y sigs.; BUCCI: «Il problema della causa nella denuncia volont. del rapporto di lavoro», *Riv. dir. lav.*, 1952, pág. 331; GIUGNI: «Verso il tramonto del recesso "ad nutum" dell'imprenditore», *Riv. dir. lav.*, 1953, pág. 201; ARDAU: «Sulla natura causale o astratta del licenziamento», *Riv. lav.*, 1954, págs. 20 y siguientes; NOVARA: *Il recesso volontario del rapporto di lavoro*, Milano, 1961.

con un sentido técnico-jurídico estricto, sino en el mero sentido amplio y genérico de que la eficacia no depende de una causa y que el despido, en su contenido objetivo, es independiente de los motivos subjetivos.

En efecto, la distinción entre negocios causales y abstractos sólo tiene importancia en los negocios jurídicos, en los que uno crea una ventaja patrimonial para otro. En los negocios jurídicos abstractos se hace «abstracción» de la ventaja que le reporta el negocio al autor; por ley se separa la finalidad del contenido del negocio del que ya no resulta la causa. Existe causa, pero el ordenamiento hace abstracción de ella, la separa del contenido del negocio, frente a lo que ocurre en los negocios causales (64). En contraposición a ambos existen negocios en los que no es aplicable el concepto de causa, pues no puede conseguirse un efecto jurídico mediato, ya que su objetivo es la inmediata eficacia jurídica y en ella se agota. Aunque tales negocios son independientes de una causa, no pueden, en puridad, ser calificados de abstractos: la causa no es abstraída del negocio, sino que éste es *Selbstzweck*. Entre los negocios jurídicos en los que el concepto de causa no es aplicable, la doctrina señala aquellos que tienen el sólo objeto de constituir la eficacia jurídica a cuya inmediata producción se dirige (65), entre los que, como es sabido, se incluye el despido.

El despido no puede ser considerado así, técnicamente, como abstracto, al no podersele aplicar el concepto de causa, sino que ha de ser considerado en sí mismo, con su simple eficacia de disolver la relación jurídica (66). Su conte-

(64) La noción de la causa como atribución patrimonial (*Zuwendung*) se debe, como es sabido, a la doctrina alemana. ENNECERUS: *B. G. B. Kommentar*, § 139, I, 2; LEHMANN: *Trat. D. civil P. Gen.*, I, Madrid, 1956, págs. 234 y sigs.; OERTMANN: *Allg. Teil B. G. B.*, Berlín, 1908, I, págs 300 y sigs. FLUME: *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, 1965, páginas 152 y sigs.

(65) Aun en el seno de la doctrina italiana donde la noción de causa no se circunscribe al fundamento de atribución patrimonial, se admite que la distinción entre negocios abstractos y causales sólo puede aplicarse en el ámbito de los negocios atributivos, pero no puede aplicarse al despido, que no realiza ninguna atribución patrimonial. Vide por todos, NOVARA: *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pág. 118, y abundante bibliografía allí citada.

(66) KRIEGER: *Nichtige Kündigungen im Bürg. Recht und A. Recht*, Köln Diss., 1937, pág. 21. En contra, NOVARA, para el cual la noción de causa debe aplicarse a todos los negocios, y, por tanto, al despido. Ahora bien, reconoce, respecto a la noción objetiva de causa (que, como es sabido, es la generalmente más aceptada), que mientras en los negocios no instrumentales la valoración de la función a fines del reconocimiento es totalmente *autónoma*, en el despido (recesso) viene en modo reflejo, en cuanto la *causae cognitio* no constituye reserva del reconocimiento legal, sino «qui c'e stata col

nido jurídico se agota en la realización del objeto querido; la causa es contenida en el despido mismo, pues éste sólo puede tener por finalidad extinguir, la relación de trabajo está vinculada a tal fin sin que pueda ser separada de él. El despido, en suma, no es propiamente ni causal ni abstracto, no debe ser considerado separado de su objeto negocial, de su finalidad y función extintiva. No es abstracto porque no puede abstraerse; su causa no es causal porque no se da en él una especial causa (67); la distinción jurídica entre negocios abstractos y negocios causales no es en sí misma aplicable al despido (68).

19. *Su analogía con el negocio jurídico abstracto.*—Ahora bien, cuando no se exija «causa» para su validez se puede entender que es tratable analógicamente al negocio abstracto (69), y que cabe establecer un paralelo entre ambos, de modo que en un sentido extensivo y no técnico es permitido hablar del carácter no causal (acausal) o abstracto de ese despido, como «voluntario» que es (70). En este sentido, y sólo en éste, puede calificarse al despido como abstracto.

Los límites al despido no suponen, entre nosotros, como a primera vista pudiera parecer, la admisión sólo de despidos extraordinarios por justa causa, sino más bien el reconocimiento de una figura muy peculiar de despido, en el que la falta de causa no supone la ineficacia civil del despido (y la conservación, por ende, del derecho al salario del trabajador frente al empleador en mora). Jurídicamente se limita el «debe» del empleador, pero no el «puede», pues se le reconoce un poder —no meramente fáctico, sino eminentemente jurídico— de despedir. La doctrina ha hablado, en casos similares, de un despido extraordinario *ad nutum* (71). Se trata de un despido *ad nutum* volunta-

riconoscimento all'agente del potere de recedere» (*Il recesso volontario*, cit., pág. 123). Al afirmarse esto en sí sigue teniendo un sentido «acausal», pues acaba por coincidir con el efecto extintivo del acto, ejercicio de ese poder.

(67) SCHLENKHOFF: *Die Rechtsnatur der Kündigung und die Frage der Wahrheit des Kündigungsgrundes*, Köln Diss., 1937, pág. 5; BÖHR: *Das Problem der nichtigen Kündigung...*, Düsseldorf, 1936, pág. 4. Cfr. BARASSI: *Il diritto del lavoro*, 2.^a ed., II, pág. 253; ARDAU: *Sulla natura...*, cit. En contra, BUGGI: *Il problema...*, cit., página 331; BUCCISANO: *Ancora...*, cit., págs. 156 y sigs.

(68) Cfr. NOVARA: *Il recesso volontario*, cit., pág. 118.

(69) SCHLENKHOFF: *Op. cit.*, pág. 6.

(70) Los sostenedores del carácter «causal» en sentido técnico del despido, señalan que la causa de éste es la función atribuida al negocio de determinar, mediante el ejercicio de un poder, la extinción de la relación de trabajo. En esta concepción, al coincidir causa y efecto del negocio, carece aquélla de valor autónomo y por ello de importancia para el despido mismo, que, si es válido, cumple su función. (Cfr. NOVARA: *Op. cit.*, pág. 127.) Como esa eficacia, en el despido ordinario, *ad nutum*, depende de la mera voluntad del empleador, debe calificarse ese despido de «voluntario».

(71) Cfr. MANCINI: *Il recesso unilaterale*, cit., II, pág. 3. Por demás, la distinción

rio, por lo que cabe admitir la «despedibilidad» *ad nutum* en la relación de trabajo y la existencia de una libertad de despido del empleador, más exactamente, de un poder jurídico, reconocido por el ordenamiento, de despedir al trabajador (72), no sólo en la relación de trabajo de duración indefinida, como admitió el Código de Trabajo, sino también en la relación de trabajo de duración determinada. Pero se establece un límite interno en el ejercicio de este poder al imponerse una limitada responsabilidad para su ejercicio arbitrario y se considera arbitrario todo ejercicio no basado en una de las justas causas determinadas legalmente previstas, pues no se admite la cláusula general; por ello no puede hablarse propiamente de ejercicio abusivo (73).

Como se considera arbitrario todo ejercicio del poder de despido en ausencia de esas causas, se podría hablar de la progresiva pérdida de «acausalidad» del despido al concederlo el ordenamiento con la exigencia de que se ejercite sólo cuando exista una de las causas legalmente previstas. Pero como las consecuencias del ejercicio arbitrario de ese poder no tiene «la fuerza que jurídicamente puede atribuirse, haciendo depender de ella la nulidad radical y absoluta del acto de despido», sino que «el despido sin causa no sólo tiene una relevancia jurídica, sino que puede producir una plena eficacia» (74), no

entre despido ordinario y extraordinario tiende a difuminarse en aquellos sistemas que establecen sensibles límites al despido ordinario. Cfr. NIKISCH: *Arbeitsrecht*, cit., página 688. El despido extraordinario típico es «causal» en el sentido de que requiere para su validez la existencia de justa causa, hasta tal punto que algunos mantienen que no es posible su conversión (*ex tunc*) en un despido diverso *ad nutum*, sino sólo una renovación *ex nunc* del despido. Cfr. ARDAU: *Sulla natura*, cit., págs. 35 y sigs.

(72) ANTHES habla de una facultad jurídica de disolver antes de tiempo el contrato, en contra del pacto originario. *Kündigungsschutz*, cit., pág. 3.

(73) La predeterminación de causas justas se introduce entre nosotros, como es sabido, en el Código de Comercio (y también en la Ley de Aprendizaje), frente al sistema de cláusula general del Código civil. La limitación de causas se había establecido también en el Derecho alemán en algunos supuestos en los que los plazos de preaviso eran muy breves (catorce días), de manera que a falta de uno de los supuestos previstos por la ley cada parte podía poner fin al contrato observando ese breve preaviso (cfr. párrafos 123 y 124 *GewO*). Vid. VINCENT: *La dissolution*, cit., pág. 202. En sistema de clausura general se ha generalizado, al contrario de lo que ha ocurrido en el nuestro, en aquel ordenamiento, no sin que la doctrina señale la necesidad de que venga unida con una determinación no exhaustiva de causas extraídas de la casuística. Cfr. WALLMEYER: *Die Kündigung...*, cit., pág. 167. En nuestro ordenamiento la situación es justamente la contraria, pudiéndose aplicar la acusación de KATZ respecto a los países sudamericanos, de la existencia de una multiplicidad de justas causas legalmente previstas, muy frecuentes en la práctica e interpretadas no muy rígidamente por la Jurisprudencia. Vid. *Das Recht des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz. Eine internationale Übersicht*, R. D. A., 1956, pág. 170.

(74) Cfr. RIVERO: *La estabilidad en el empleo*, cit., pág. 30.

se llega entre nosotros a atribuir al ejercicio de ese poder carácter «causal» (entendido éste no en sentido técnico). Ello impide sostener que se implantara un sistema de protección considerable de la estabilidad del empleo, sino que se trataba sólo de una protección muy limitada del trabajador (75).

V

LA RECLAMACIÓN DEL TRABAJADOR ANTE EL DESPIDO SIN CAUSA

20. *Caracteres generales.*—Junto al reconocimiento de este poder del empleador de despedir, extinguiendo eficazmente la relación de trabajo, se establece una presunción *iuris et de iure* de que el ejercicio de tal facultad, cuando no existe causa que lo justifique, constituye una arbitrariedad que genera en el trabajador cuando menos una acción al resarcimiento. Al poder jurídico de disolver antes de tiempo el contrato contra el pacto originario (que implícitamente el nuevo sistema reconoce al empleador) se corresponde un derecho reconocido al trabajador de reclamar contra el ejercicio injustificado de ese poder, es decir, cuando es despedido sin justa causa.

El sistema alemán no previó una acción judicial directa, sino una intervención inmediata de los Consejos. Quizás influida por esta idea de la intervención de organismos representativos, nuestro ordenamiento establece el régimen de reclamación del despido a través de la vía de los Comités Paritarios, excluyendo la competencia que originariamente tenían los tribunales industriales (76). El ámbito de la reclamación es, sin embargo, más amplio que el sistema en que se inspira, al extenderse a todos los trabajadores incluidos en el régimen de Comités Paritarios con independencia del tamaño o importancia de la Empresa. La influencia germánica es manifiesta también, tanto en la

(75) Cfr. BOLDT: *Die Sicherung des Arbeitsplatzes nach deutsches Recht*, D. Landesreferat V Int. Kong. Für Rechtsvergleichung, 1958.

Según ALONSO OLEA, lo característico de este sistema de tratamiento «es que el acto de despido no puede ser jurisdiccionalmente declarado ineficaz *ex tunc*, ni *ex nunc*, ni, por lo tanto, ser privado de su consecuencia normal de resolver el contrato de trabajo al no admitirse ni la anulación ni la revocación de la decisión del empresario; pero sí puede ser declarado ilícito —ilicitud civil, claro es— y, por lo tanto, vincular al mismo una consecuencia anormal o sanción no querida por el empresario, representada por la indemnización de daños y perjuicios». *El despido*, cit., pág. 173. Vid. sobre el concepto y significado de la estabilidad en el empleo, las ponencias y comunicaciones presentadas a la Comisión II del Primer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo.

(76) Cfr. art. 435, 1.º, del Código de Trabajo, y art. 17, 3.º, del D. L. de O. Corporativa Nacional modificado por el Decreto que comentamos.

brevísima caducidad de la reclamación, justificada por la necesidad de dejar aclarada de inmediato la solución del problema (77), como en la propia denominación dada a la figura.

21. *La reclamación como derecho potestativo; crítica.*—El legislador alemán hablaba de derecho de oposición o reclamación, terminología con la que se la quería contraponer a la acción judicial por su especial forma de plantearse (78). Esta especial terminología hizo detenerse a la doctrina en el problema de la calificación jurídica de la figura.

Para algunos autores (79), el derecho de reclamación estaba conexo con el despido mismo, era un *derecho derivado directamente del despido* antisocial y se dirigía a la readmisión, haciéndose vigente con el ejercicio del derecho a reclamar. La demanda resultante sería declarativa de condena, pues a través de ella el actor despedido persigue la condena de su empresario a la ejecución del derecho emanante ya del despido a que se otorgue una declaración de voluntad de readmitir. Pero en tanto se fija para el caso de inexecución de este deber del empleador una indemnización, la sentencia es constitutiva (80).

Frente a esta posición, se criticó la idea de que el empleador, antes de la reclamación del trabajador contra el despido, tenía ya la obligación de readmitir, por lo que estaría en situación de reconocer de ese derecho al trabajador

(77) En el sistema del B. R. G. la observancia del plazo era presupuesto de la acción, tanto en el procedimiento contra el *Gruppenrat* como ante el *Arbeitsgericht*, siendo en cada caso los plazos de cinco días, aun cuando existía discusión en torno al cómputo de esos plazos. Cfr. FLATOW: *B. R. G. Kommentar*, nota 6 al § 86; MANSFELD: *B. R. G. Kommentar*, notas 3, 4 al § 86. Plazo tan brevísimo se justifica en la doctrina en la necesidad de dejar declarada de inmediato la solución de la cuestión.

(78) Cfr. VINCENT: *Op. cit.*, pág. 265.

(79) Así MANSFELD: *Op. cit.*, pág. 420; KRELLER: «Zum Entwurf eines Allgem. A. V. Gesetzes», *Arch. Civ. Praxis*, N. F. 5, págs. 130 y sigs.

(80) Cfr. KASKEL: *Arbeitsrecht*, 4.^a ed. (con Dersch), pág. 288. Según DÜRING, el trabajador tendría, en todo caso, libertad de usar o no su derecho a reclamar, y la exigencia del empleador de continuar el servicio el trabajador tendría una mediata vigencia que el legislador no ha querido. La pretensión existe, pero en estado latente, pues el empleador no está obligado ni facultado a readmitir hasta una voluntad contraria del despido que retira esa contención al reclamar contra el despido; se trata así de un derecho potestativo, pero su fundamento constitutivo se encuentra en la sentencia, que es así constitutiva; se liga así a la reclamación y no al despido mismo. (*Die Rechtsnatur des Kündigungssprachverfahren*, Freib. Diss., 1929.) Carece de sentido hablar de derecho potestativo si, en última instancia, el poder de modificación reposa en las manos del Juez, y ni siquiera es admisible esa figura del *doppeltatbestandliche Gestaltung* al que alude KRELLER, o sea, un derecho privado de modificación que se ejercita por medio de demanda en vinculación con el acto constitutivo del Juez (*op. y loc. cit.*). Cfr. EGLY: *Die allg. Kündigungsschutz nach*, §§ 56 y sigs. A. O. G., Giesen Diss., 1934.

y ofrecerle al trabajador su ejecución y, en consecuencia, exigirle a éste la continuación de la relación de trabajo, lo que no es el caso. Por eso Hueck sostuvo, al contrario, que del ejercicio de la reclamación se creaba una nueva situación jurídica entre las partes, obligándose al empleador a pagar una indemnización en el caso de que no readmita. Esto supone estimar la reclamación como un *derecho potestativo*, aun cuando se reconoce que, salvo una voluntaria revocación por el empleador, hecha posible por la reclamación, el deber de revocar el despido es creado sólo por la sentencia, que es en esto constitutiva: la modificación jurídica no tiene lugar por la mera existencia de la acción, sino sólo a través de la fuerza jurídica de la sentencia. Sin embargo, como es condenado al pago de una indemnización si no readmite, en ello la sentencia es de condena (81).

22. *La reclamación es una acción.*—Ambas posiciones, pese a su aparente contradicción, tienen notables puntos de coincidencia, como ha puesto de relieve Bötticher: tanto en una como en otra el Tribunal Laboral ha de conocer de una pretensión preprocesal, creada, según Kaskel y sus seguidores, por el despido mismo, y según Hueck, por la reclamación. Justamente en ello está el error, pues no es el trabajador el que realiza la modificación jurídica propia del negocio constitutivo, sino la sentencia judicial emanada en el procedimiento de reclamación contra el despido (82). La terminología empleada y el equilibrio intentado entre lo individual y lo colectivo explican tales dudas sobre la naturaleza de la reclamación (83), pero por encima de la denominación en el llamado «derecho de reclamación» existe claramente una acción del trabajador del órgano jurisdiccional a una determinada decisión frente al empleador; no puede significar otra cosa esta reclamación que el demandar

(81) HUECK: *Lehrbuch*, cit., pág. 374.

(82) BÖTTICHER: *Zur Rechtsnatur des Kündigungseinspruch der §§ 84 ff*, B. R. G. N. Z. f. A. A. R., 1932.

(83) Mientras que estuvo de acuerdo en que era necesario proteger al trabajador, no existía acuerdo respecto a la extensión y medios de realizarla; algunos acentuaban la nota de lo colectivo, estimando que el Consejo de Empresa debía ser el órgano competente para conocer de los derechos en materia de despido, pues se estimaba que todo despido interesaba a todo el personal de la empresa. Por lo que se quería colocar la protección del despido sobre el plano colectivo, e incluso algunos mantenían era un derecho exclusivo de la representación de empresa y no del despedido; esto influyó decididamente en el proyecto inicial. Los elementos menos progresistas impugnaron estas ideas y consiguieron la modificación del proyecto definitivo, de modo que en la Ley se conservó «la idea de que el personal tiene un interés general a controlar el despido de cada uno de sus miembros, pero se ha puesto en primer plano el interés personal del trabajador despedido. Es, en definitiva, a este último al que corresponde propiamente el derecho de oposición. Se ha dejado, pues, la iniciativa al trabajador» (VINCENT: *Op. cit.*, págs. 261-263).

«judicialmente» contra la situación jurídica creada por el despido no justificado (84). Pese a la terminología, y ello es claro en nuestro ordenamiento, se trataba de una acción, de un *ius persecuendi iudicio*, que se ejercitaba ante el órgano especialmente instituido por el ordenamiento para conocer del asunto, y que se ejercitaba a través de la «reclamación», verdadera demanda de despido (85). Pero afirmando esto, aún debe resolverse la cuestión de la naturaleza, extensión y alcance de esta acción por despido injustificado.

23. *La reclamación como acción declarativa; crítica.*—Para unos, se trata de una acción centrada en la continuación de la relación de trabajo, de una acción de revocación del despido, en la que el trabajador persigue la condena al empleador a que emane una declaración de voluntad. Esta es la posición, entre otros, de Wiedeman, para el cual con la demanda de despido y la sentencia de ella resultante no se crea una relación jurídica, sino que con la sentencia se fija (declara) la fuerza jurídica del derecho resultante ya del despido (86). Paralelamente, Egly afirma que al ser la elección del empleador la que crea la situación jurídica nueva (readmisión o indemnización) a través de una declaración jurídica privada que complete la declaración jurídica pública, la demanda y la sentencia resultantes se dirigen a condenar al empleador a otorgar una declaración de voluntad; no es acción ni sentencia constitutiva, sino de condena. El derecho material consiste en una acción al otorgamiento de la declaración de revocación; la sentencia de despido no constituye una nueva situación, inexistente hasta el momento, sino que la fija, la declara: si admite la demanda, que ya existía esa situación desde el despido; si la rechaza, que no ha existido nunca. Pero el derecho a la indemnización sólo nace de la sentencia que crea el débito del empleador, la que, en este sentido, es constitutiva (87).

(84) Cfr. WALTHER: *Die Entwicklung des Kündigungsschutzes...*, Würzburg, 1937, páginas 34 y sigs.

(85) Así BÖTTICHER (*Zur Rechtsnatur*, cit., págs. 271 y sigs.), que señala que en aquellas materias en las que existe una reserva judicial del poder de modificación jurídica (por ejemplo, el matrimonio), la parte carece de un derecho propio de modificación jurídico-negocial, por lo que no cabe hablar en propiedad de un derecho potestativo. Si el trabajador, en base a la reclamación, tiene un derecho, es un derecho de modificación jurídica: «Kein Recht zur Gestattung sondern ein Recht auf Gestaltung.»

(86) *Die Allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen...*, Dresden, 1936, pág. 72. Durante la vigencia de la B. R. G. se podía con razón afirmar el carácter de acción de condena, pues podía ejecutarse sólo el derecho a la indemnización, no el derecho a la readmisión, al no existir ninguna pretensión a una readmisión no forzable, al contrario de lo que ocurría con el deber de indemnizar.

(87) *Die allg. Kündigungsschutz...*, cit., págs. 71 y sigs.: El despido tiene en primera línea, frente al empleador, una acción a la revocación del despido que surge del despido válido, ligado resolutoriamente a la elección de la indemnización, y en segundo lugar

En suma, en todas estas posiciones se mantiene que en la sentencia se consigue, como en toda acción de condena, la última eficacia del derecho existente previamente en el trabajador frente al empleador por el ejercicio indebido del poder de despido; se «aspira a la constatación de que concurre la pretensión y a que el Juez ordene al demandado a que cumpla la prestación» (88). También entre nosotros se ha mantenido que «la sentencia del Magistrado en los casos de despido improcedente es siempre una sentencia de condena, cuyo contenido consiste en una obligación alternativa» (89).

24. *Naturaleza constitutiva de la acción.*—Un importante sector de la doctrina afirmó, al contrario, el carácter primariamente constitutivo de la acción de despido. Se sostiene que a través del ejercicio de esta acción se consigue una modificación de la situación jurídica existente, pero no como derecho del despido a una modificación (derecho potestativo), sino con una acción ejercitable para una sentencia constitutiva. El poder jurídico de modificación de la situación jurídica se concede no al despedido, sino al juez; el cual, a través de su decisión, modifica la situación jurídica constituida por el despido y crea una nueva (90).

La polémica respecto a nuestro ordenamiento debe resolverse, a nuestro juicio, a favor de esta tesis, por ser la más concorde con el sistema previsto de eficacia originaria del despido. Es evidente que entre nosotros no se crea el derecho del trabajador a la readmisión o a la indemnización, sino sólo el derecho a «reclamar» (demandar) contra el despido que se estime injustificado; al trabajador sólo se le concede, pues, una acción frente al despido injustificado. La «modificación» no la realiza el trabajador al ejercitar la acción, sino la *decisión del órgano competente a través de una sentencia constitutiva* (91). Como del despido injustificado no deriva un poder jurídico del trabajador frente al empleador de modificar la situación jurídica creada por aquél, sino

tienen una pretensión a la indemnización derivada de la sentencia, y codicionada suspensivamente al rechace de la readmisión.

(88) LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, 4.^a ed., Berlín, 1960, I, pág. 70.

(89) RIVERO: *Estabilidad en el empleo*, cit., pág. 21.

(90) Así HERSCHEL: *Soziale Praxis*, cit. por WIEDEMANN: *Die allgemeinen...*, cit., página 71.

(91) Así BÖTTICHER: *Loc. cit.*: «El contenido de la situación jurídica creada es que el empleador está obligado al pago de una suma indemnizatoria en el caso de que no elija la readmisión», «no es el trabajador el que realiza esa modificación, sino la decisión judicial cuya función de modificación hace acto de presencia a través de la vestidura externa de la sentencia». No se trata de la fijación de derechos especiales, pues la declaración que existe (existencia o no de justa causa) es una cuestión previa que pertenece a los fundamentos de la sentencia, pero no al contenido de la decisión judicial misma, al mandato singular que establece la sentencia.

tan sólo una acción procesal, sólo existe un derecho formal de reclamación, un derecho de protección jurídica, pero no un derecho potestativo del trabajador (92). El fundamento jurídico de la acción, afirma Bötticher, no es una violación de un deber ni una pretensión propia, sino la delegación legal al «juez» para conformar, de un lado, la fijación jurídica del trabajador en la empresa; de otro, la falta de un fundamento importante para el despido (93). Porque el empleador ha hecho un uso injustificado del poder de despedir, que supone así un daño injusto para el trabajador, se le impone readmitir o, en su defecto, indemnizar.

La tesis de carácter de sentencia de condena de la de despido injustificado reposa, en última instancia en la idea de que el efecto de la sentencia, en cuanto se traduce en readmisión, consiste en la declaración de voluntad a que se obliga el empleador a revocar el despido con efecto *ex tunc*, el disolver con efecto retroactivo la eficacia del despido hace producir efectos de nuevo al viejo contrato, por eso, Dietz, la declaración del empleador se dirige no al futuro, sino, en cierto modo, al pasado (94). Pero esta posición, al menos en nuestro régimen jurídico, no es exacta. En la readmisión, más que un supuesto de revocación, existe, según veremos, un especial supuesto de disolución judicial de los efectos originados por el despido, que se acerca mucho a la anulación. Y como tal «anulación» (en sentido amplísimo), es evidente el carácter constitutivo de la acción, aún más cuando existe un síntoma característico en favor de ella, el sujetarse la acción a los términos de caducidad (95). Pero, incluso si se admitiese la tesis de la revocación, debería admitirse también el carácter de sentencia constitutiva, y no el de condena, pues no debe olvidarse que los derechos potestativos son ajenos al proceso de condena (96).

Problemática permanece la cuestión de la naturaleza de la sentencia en lo que a la fijación de la indemnización se refiere. La cuestión no puede resolverse

(92) Cfr. GLY: *Der allg. Kündigungsschutz*, cit., págs. 57 y sigs.

(93) La sentencia, afirma, no quiere restablecer un nuevo contrato, sino, como efecto del viejo contrato, establecer un deber de indemnizar (si no se readmite) por haberse hecho un uso del poder de despedir que supone un daño injusto para el trabajador. (*Zur Rechtsnatur*, cit., págs. 278 y sigs.)

(94) Cit. por BÖTTICHER: *Loc. cit.*, pág. 369.

(95) Así ANDRIOLI: *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1961, I, pág. 275. Cfr. ZAFRA VALVERDE: *Sentencia constitutiva y sentencia dispositiva*, Madrid, 1962, «es la doctrina de la nulidad relativa o anulabilidad de los contratos la que nos supone ante un caso característico y común de sentencia constitutiva extintiva... La situación jurídica contractual deseada ha nacido realmente, si bien se encuentra, a consecuencia de una deficiencia acaecida en el seno del acto generativo, herida de una imperfección que la pone en peligro de ser eliminada mediante una sentencia».

(96) Cfr. ANDRIOLI: *Loc. cit.*, pág. 260.

sin decidir antes, lo que se ha de hacer en el apartado siguiente, el fundamento de esa indemnización: si es derivada del despido mismo como consecuencia del «incumplimiento» del empleador, se trataría de una típica sentencia declarativa de condena; si, por el contrario, resulta sólo como negativa a la readmisión, es un caso de sentencia constitutiva (y, si se admite el supuesto, de sentencia constitutiva de condena) (97).

VI

EL CONTENIDO DE LA CONDENA: EL LLAMADO DERECHO DE ELECCIÓN DEL EMPLEADOR

25. *Teoría de la obligación alternativa; crítica.*—Ha sido puesto de relieve a lo largo de este estudio que la característica del sistema de despido del B. R. G. consiste en que el despedido puede «reclamar» contra el despido que estime injustificado, no pretendiendo en su demanda que el despido sea nulo, sino solamente que el acto es arbitrario y solicita, en consecuencia, al empleador que lo vuelva a colocar o que le pague una indemnización (98). El párrafo 87 concedía expresamente la elección de una de estas dos soluciones al empleador.

La naturaleza de esta opción dió lugar, como es frecuente en un momento de intensa elaboración jurídica, a discrepancias teóricas no carentes de relevancia práctica.

Un sector doctrinal, partiendo de una interpretación literal de la terminología legal, hablaría de la existencia de una *obligación alternativa*, en el sen-

(97) Cfr. ROSENBERG: *Tratado de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1955, II, páginas 6 y sigs.

(98) Así VINCENT: *La dissolution du contrat de travail*, cit., pág. 264: «El derecho de oposición (*Einspruchsrecht*) tal y como se organiza en los párrafos 84 y sigs. B. R. G. es, pues, el medio jurídico que permite a un trabajador cuyo contrato ha sido denunciado regular y, válidamente en Derecho civil, el protestar contra la medida de que ha sido objeto cuando la estima injustificada. El interesado no pretende en su demanda que el despido no sea válido; solamente sostiene que el acto es arbitrario y solicita, en consecuencia, al empleador o que lo vuelva a emplear o que le pague una indemnización compensadora. El procesamiento de oposición no tiende, pues, nunca a hacer declarar nulo el despido, sino simplemente ofrece al trabajador la posibilidad, en ciertos casos determinados por la ley, de demandar al tribunal que condene al empleador a reintegrarle en su empleo, a menos que prefiera liberarse por una indemnización fijada por el juez dentro de ciertos límites legales.»

tido de que el empleador debía ambas prestaciones, pero sólo había de realizar una de ellas, elegida por él (99).

Como es sabido, una obligación alternativa electiva existe cuando deudor o acreedor tienen un derecho de elección en diversas prestaciones singulares. En este caso, según algunos, el vínculo obligatorio se extiende, en principio, a todas las prestaciones a elegir, pero sólo debe ejecutarse la elegida (*plures res in obligatione, una in solutione*) (100). Para otros, la obligación alternativa se dirige a varias prestaciones consideradas como «concretas», siendo provisionalmente incierto su contenido: «se debe una prestación *indeterminada* en su momento, en cuanto a su contenido, que se convierte en determinada en virtud de su elección, es decir, se trata de un crédito único pero indeterminado» (101) o, como afirma Hernández Gil, «la prestación cuenta con varias posibilidades hasta el momento de ejecución», existe una «relativa indeterminación del "objeto"» (102). Al margen de la polémica —por demás, de escasa relevancia práctica—, la individualización de la categoría de la obligación alternativa permanece clara, su peculiaridad consiste en la especial estructura del vínculo obligatorio, que incluye diversas y heterogéneas presta-

(99) Asi DERSCH: B. R. G. *Kommentar*, 6.^a ed., pág. 87, nota 4, d), III; BEWER: *Op. cit.*, pág. 159.

(100) ESSER: *Schuldrecht*, 2.^a ed., 1960, pág. 146. Cfr. JOSSERAND: *Derecho civil*, tomo II, v. I, Buenos Aires, 1950, pág. 599.

(101) ENNECERUS: *Derecho de obligaciones* (trad. de PÉREZ y ALGUER), I, Barcelona, 1933, pág. 102. Según LARENZ, existe una obligación alternativa cuando se deben diversas prestaciones (valoradas por las partes no como iguales, sino como diversas) de manera que sólo una de ellas debe realizarse, y, en concreto, según elección del deudor o del acreedor. Análogamente a la deuda genérica, la prestación es, en principio, relativamente indeterminada; pero no se debe «cualquier» objeto de entre uno de los suministrables (por ser de la calidad general), sino «uno» de los varios objetos ya determinados, y ha de tratarse precisamente de diferentes objetos a prestar y no sólo de diferentes posibilidades de la clase y forma de la ejecución. La elección tiene lugar mediante declaración dirigida a la otra parte, de carácter recepticio, derivando del contrato, quién es el facultado a elegir. (*Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., I, págs. 106-107.)

(102) *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, I, págs. 139 y sigs. Según PUIG ERU. TAU, en la obligación alternativa existen dos o varias prestaciones afectadas por el vínculo jurídico que liga al deudor frente al acreedor, pero solamente una de ellas deberá ser realizada (*Fundamentos de Derecho civil*, t. I, v. II, pág. 209). Para ESPÍN lo característico es la existencia de una obligación constituida por varias prestaciones de las que sólo se debe una. (*Manual de Derecho civil*, Madrid, 1954, III, pág. 91.) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil*, III, 9.^a ed., pág. 105; PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil*, Madrid, 1951, t. IV, v. I, pág. 71; D'ORS: «En torno a la llamada obligación alternativa», en *Rev. D. Priv.*, 1944, págs. 1 y sigs.; RUIZ GALLARDÓN: *Derecho civil. Obligaciones*, Madrid, 1957, págs. 72 y sigs.; OSSORIO MORALES: *Lecciones de Derecho civil (obligaciones y contratos. P. General*, Granada, 1956, pág. 51 y sigs.; RODRÍGUEZ ARIAS: *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1965, pág. 140 y sigs.

ciones individualizadas, poniendo fin a la relación y suponiendo cumplimiento la ejecución de la «elegida» entre ellas; presupone así la existencia de dos o varias prestaciones «deducidas, empero, alternativa, disyuntivamente, es decir, de modo que en un momento sucesivo al nacimiento de la obligación, el vínculo termina por concretarse sobre una sola prestación, sólo esta última debe ser realizada y con el cumplimiento de ella la relación se extingue, quedando liberado el deudor» (103). Para que exista una obligación alternativa es necesario, en resumen, la previsión inicial de diversas prestaciones heterogéneas colocadas en igual plano (*disgiuntivamente, nebeneinander*) y un poder de elección posterior entre una de ellas (que puede corresponder al deudor, al acreedor o a un tercero).

La condena por despido injustificado, prevista en el Decreto, no podría, a nuestro juicio, incluirse en el supuesto de una obligación alternativa genuina, por varias y diversas razones:

a) La fuente originaria de la obligación parece poco apropiada para constituir una alternativa en sentido propio. Habría que reconocer con Rubino que son muy raros los casos de obligaciones alternativas de origen legal, y que surgen en los solos supuestos de obligaciones que tienen su origen en un acto ilícito extracontractual o por actos lícitos no negociales: «cuando la alternativa se establece por la ley misma, se trata, en general, no de una y verdadera y propia obligación alternativa, sino de una simple facultad alternativa, de un concurso alternativo de derechos distintos, de una falsa alternativa en sus diversas modalidades». Tan sólo el supuesto de la obligación alimenticia constituye una singular excepción que confirma precisamente lo antedicho (104).

b) En la obligación alternativa propia existe paridad de grado entre las diversas prestaciones «elegibles», mientras que en la condena por despido injustificado, prevista en el Decreto, sólo es debida una prestación determinada desde la sentencia, la otra no surge sino cuando la primera no viene realizada. La conexión entre las prestaciones no es de alternatividad o disyuntividad, lo que significa paridad de grado (*Nebeneinander*), sino de subordinación, o de subsidiariedad: sólo cuando la prestación principal no se cumple es debida la subsidiaria (105).

(103) Así RUBINO: «Delle obbligazioni», en *Comm. Cd. civile Scialoja Branca*, artículos 1.285-1.320, Bologna, Roma, 1959, págs. 7 y sigs. Cfr. SMIROLDO: «Obbligazione alternativa e facoltativa», en *Novissimo Digesto It.*, t. XI, pág. 624.

(104) Cfr. RUBINO: *Ob. cit.*, pág. II; SMIROLDO: *Op. cit.*, pág. 625.

(105) Cfr. SCHEUFFER: *Zum par. 87 B. R. G., Arbeitsrecht*, 1926, pág. 307. Se trata de la existencia no de una obligación alternativa con indeterminación de la prestación, sino de la existencia de dos obligaciones: una principal, que «existe por sí y tiene fin propio», y una accesoria, «subordinada y agregada a la principal». (Cfr. CASTÁN: *Derecho civil*, cit., pág. 124). La Sentencia del T. S. de 11-V-1959 traza una distinción

c) Además, es peculiar de la obligación alternativa la existencia de un poder de elección a través de cuyo ejercicio, por medio de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, se «determina» *a posteriori* la prestación efectivamente debida por el deudor, frente al supuesto del Decreto, en el que no hay tal elección, sino simplemente un cumplimiento o no (dentro de un plazo determinado) de la obligación principal. Se ofrece la posibilidad de no cumplir la obligación principal, a la que desde un principio está obligado («quisiera», mediante el cumplimiento de una obligación subsidiaria, pero no la de emanar una declaración de voluntad «eligiendo» una de las posibles prestaciones previamente establecidas. Existe así un *Nacheinander* (106).

Por eso no tiene nada de extraño que los estudiosos del sistema de despido del B. R. G. rechazaran en general la tesis de la obligación alternativa, aun cuando no existiera unanimidad en decidir cuál obligación era la que había de entenderse como principal y cuál fuera el vínculo de conexión entre ésta y la subsidiaria.

26. *Teoría de la obligación condicionada; crítica.*—Sobre este problema del vínculo sucesivo entre readmisión e indemnización se mantuvo en la doctrina fundamentalmente dos soluciones. Según algunos, se trataba de una obligación principal y de otra obligación *condicionada* al no cumplimiento de aquélla (107); por evidentes razones, en nuestro ordenamiento esta tesis debe ser rechazada:

1) Primeramente, porque al concepto genuino de condición es extraño, en puridad, el hecho voluntario de la ejecución del deudor (108).

2) Incluso, de admitirse una condición potestativa pura, ésta, de ser resolutoria, no sería aplicable a una relación obligatoria que tenga sólo por objeto una prestación aislada. Y una condición potestativa pura de carácter suspensivo, en una relación obligatoria no duradera, de aceptarse, constituiría, según la mejor doctrina, no una genuina condición, sino un derecho de opción del

clara entre el supuesto de la obligación alternativa y el de aquel en que no existen dualidad de objetos, sino el establecimiento de una obligación principal, y otra accesoria, secundaria, «defectiva», la indemnización a satisfacer en caso de incumplimiento de aquélla.

(106) Cfr. FRICKE: *Kündigungentschädigung and Ansprüche aus dem Arbeitsverträge*, Köln Diss., 1933, págs. 31 y sigs. Que es definitorio de la obligación alternativa la existencia de un «derecho de elección ejercitada mediante declaración unilateral de voluntad recepticia es opinión unánime en nuestra doctrina. Vid. por todos, HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, cit., I, págs. 145-146.

(107) Así KRELLER, «Komm Urteil 21.9.28», en J. W., 1928, pág. 2934, y *Zum Entwurf*, cit., págs. 200 y sigs.; BÖTTICHER: *Die Rechtsnatur*, cit., págs. 269 y sigs.

(108) Cfr. art. 1.115, 1.º, *Código civil*. Cfr. CASTÁN: *Op. cit.*, pág. 138; PUIG PEÑA: *Op. cit.*, pág. 105; PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 133.

deudor (109); hablar de condición aquí «sólo puede ser una manera (por demás, impropia) de expresar la duda acerca de cuál de las posibles prestaciones se realizará» (110).

3) Además, debe tenerse en cuenta que en el caso de la obligación condicional es incierta la existencia misma (definitiva) del vínculo, aunque es cierto el objeto (o contenido), mientras que en el caso que examinamos es cierta la existencia y persistencia de la obligación del empleador; lo que es algo incierto es cuál será su prestación definitiva, si la readmisión o la indemnización (111). Se sabe si se debe, e incluso lo que se debe, lo que no se sabe es lo que el deudor prestará en su caso, pero de esta prestación del deudor no depende que el vínculo se consolide, pues éste desde su surgir es definitivo.

4) Debe tenerse también en cuenta, con Rubino, que «las partes no podrían establecer con una condición, que es elemento accidental del negocio, un elemento esencial del mismo, como es precisamente el objeto» (112).

5) Finalmente, mientras que en la condición existe una fase peculiar de dependencia, en la obligación impuesta por la condena por el despido injustificado, no se dan en ningún momento las notas propias de esa fase de dependencia (113). En suma, en la condena por despido injustificado no podría hablarse de la existencia de obligaciones condicionales.

27. *Teoría de la obligación con facultad de sustitución; crítica y conclusiones.*—El vínculo entre readmisión e indemnización se ha explicado también a través de la figura de la llamada *facultad de sustitución*. Como es sabido, a diferencia de la obligación alternativa, en la obligación con facultad de sustitución (llamada también, no muy precisamente, obligación facultativa) se debe una concreta y determinada prestación, pero el deudor tiene la facultad de liberarse de ella mediante la realización de otra prestación, tiene el «derecho de hacer una prestación a título de cumplimiento sin necesidad de asentimiento del deudor» (114); se caracteriza así por la facultad de sustituir, sin consentimiento de la otra parte, la prestación debida, por otra diversa (115). El deudor de una prestación simple, única y determinada *ab initio* (116), tiene un *ius variandi*, el derecho de suministrar en vez de ella una sustitutiva tam-

(109) Cfr. por todos, FLUME: *Die Rechtsgeschäft*, cit., págs. 683 y sigs.

(110) PUIG BRUTAU: *Op. cit.*, pág. 214.

(111) RUBINO: *Delle obbligazioni*, cit., pág. 10; HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, cit., I, pág. 143.

(112) *Delle obbligazioni*, cit., pág. 10.

(113) Sobre ese estado de dependencia, vid., por todos, PUIG BRUTAU: *Derecho civil*, cit., I, 2, págs. 127 y sigs.

(114) Así ENNECERUS: *Ob. cit.*, pág. 115.

(115) SMIROLDO: *Obbligazione alternativa e facoltativa*, cit., pág. 627.

(116) Cfr. RUBINO: *Delle obbligazione*, cit., pág. 627.

bién determinada o al menos determinable en el momento en que la obligación surge (117).

Al igual que otros, nuestro Código civil carece de una regulación unitaria de este supuesto, aunque existe unanimidad en la doctrina en admitirlo y en señalar su diferencia y diversidad de tratamiento respecto a la obligación alternativa (118). Según la mayoría de la doctrina, en el sistema previsto por la B. R. G. se daba un caso típico de obligación con facultad de sustitución: el empleador posee una facultad de sustitución mediante cuyo ejercicio puede eximirse de cumplir la única obligación principal a que se encuentra obligado (119). En principio, esta es la tesis más aceptable cara a nuestro sistema, pues el Decreto claramente habla de una obligación principal y única y otra subsidiaria que libera del cumplimiento de la principal, pero si queremos llegar a la última sustancia de la cosa no podemos dejar de hacer algunas observaciones críticas a esta tesis:

1) En el supuesto típico de la obligación con facultad de sustitución, «el deudor no puede hacer la sustitución si no es realizando efectivamente la prestación con la que sustituye a la que el acreedor podía exigirle» (120); «el

(117) Cfr. ESSER: *Schuldrecht*, cit., pág. 149; *Schuldrecht*, cit., pág. 109; JOSSE-RAND: *Derecho civil*, cit., II, 1.º, pág. 600. Según PUIG BRUTAU, la llamada obligación facultativa existe cuando el deudor puede eximirse de cumplir la única prestación que el deudor puede exigirle haciendo uso de la facultad de cumplir otra en su lugar (*Op. citada*, pág. 227). Cfr. HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, cit., I, pág. 154; RODRÍGUEZ ARIAS: *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 146.

(118) Cfr. SS. T. S. de 23-I-1957 y 28-II-1961. Vid. sobre el particular: CASTÁN: *Derecho civil*, cit., IV, pág. 108; PUIG PEÑA: *Tratado*, cit., pág. 75; PUIG BRUTAU, página 228; HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, cit., I, pág. 155 (que la justifica *a contrario sensu* del art. 1.166). Según PÉREZ y ALGUER: «Nuestro Código civil no regula expresamente las llamadas obligaciones facultativas, pero tampoco existe ningún precepto que se oponga a su existencia o desarrollo, antes bien, el art. 1.153, 1) prevé un caso que puede calificarse de obligación facultativa» en ENNECERUS, cit., pág. 116). Esta última afirmación es dudosa; tampoco es convincente la plena equiparación del supuesto a la dación en pago (así ALBADALEJO: *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, pág. 504). Cfr. RODOTA: «Dazione in pagamento (D. civile)», *Enciclopedia del Diritto*, XI, pág. 736.

(119) Así HUECK, en *Kündigungbeschränkungen des B. R. G.*, N. Z. F. A. R., 1929, página 17, y *Lehrbuch*, cit., 1.ª ed., pág. 374; SCHEUFFER: *Zum § 87 B. R. G.*, cit., página 307; PROBSTING: *Zum Auslegung des § 84 ff. B. R. G.*, N. Z. F. A. R., 1924, página 33; OERTMAN: *D. Arbeitsrecht*, pág. 241; SINZHEIMER: *Grundzüge des A. Rechts*, 2.ª ed., pág. 202; MOLITOR, en *Die Kündigung*, 1.ª ed. cit.; MANSFELD: *Op. cit.*, § 87, n. 4; FLATOW KAHN-FREUND, *Komm.*, cit., págs. 433 y sigs.; WIEDEMANN: *Die allgemeinen...*, cit., págs. 72 y sigs.

(120) PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, cit., pág. 237. Cfr. RUBINO: *Delle obbligazioni*, cit., pág. 27: «En la obligación con facultad alternativa no existe una

efecto sustitutivo se produce sólo por el cumplimiento» (121). En el caso que estudiamos, al contrario, el efecto sustitutivo surge precisamente por el *no cumplimiento* en el plazo legalmente previsto de cuarenta y ocho horas, de la obligación principal. Se produce *ex lege* una novación de manera que la prestación inicialmente debida queda sustituida por la otra, y esta transformación no requiere el efectivo cumplimiento de la obligación subsidiaria, sino, más exactamente, el no cumplimiento de la principal, éste da lugar a la *imposición* del cumplimiento de la subsidiaria, liberándose el deudor del cumplimiento de la primaria, que no sólo no es ya debida, sino que ni siquiera puede ofrecerse ya en pago al acreedor desde ese momento.

2) En la facultad de sustitución el deudor tiene *derecho* a liberarse por medio de la prestación subordinada, pero no el *deber* de prestarla, como es aquí el caso, en el que la obligación principal es «prestable pero no exigible»; si el empleador no ejecuta en el plazo legalmente previsto su obligación principal, el trabajador no puede insistir en su cumplimiento, sino sólo exigir el cumplimiento de la obligación subordinada, que sustituye *ex lege* a aquélla (122).

3) En la obligación «facultativa» la segunda prestación es debida en base a un «acto lícito» del deudor, que ejerce el «derecho» de no cumplir la obligación principal, realizando la sustitutiva, mientras que en el supuesto que examinamos se trata más bien «de que una obligación es debida sólo cuando la primera no se cumpla». La relación entre las dos prestaciones es de «subordinación gradual: el deudor está obligado originariamente a una sola prestación, y puede hacer debida la segunda prestación sólo de modo indirecto, esto es, no cumpliendo la primera». «También esta hipótesis se distingue de la obligación facultativa» (123). El Decreto lo que quiere primeramente es el cumplimiento de la obligación principal (no hay, según se ha

elección, sino sólo la posibilidad de sustituir, en vía de cumplimiento, una diversa prestación por la debida»; el ejercicio de la *facultad alternativa* sólo puede tener lugar... con la «ejecución efectiva de la prestación facultativa».

(121) HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, cit., I, pág. 155. La doctrina com- parada admite en general que el ejercicio de la facultad alternativa está ligado por su naturaleza a la prestación en *facultate solutionis*, sin que tenga valor alguno la simple declaración de voluntad del deudor. (Cfr. ALLARA: *Le nozioni fondamentali di diritto civile*, Torino, 1958, págs. 532 y sigs.) Ello es lógico si se tiene en cuenta que la citada facultad existe sólo en el momento de ejecución de la obligación. Según PUIG BRUTAU, si con la sola declaración del deudor, *sin ir acompañada del acto de cumplimiento*, pudiera cambiar el objeto de la prestación debida, tendría el obligado una facultad más amplia que la de sustituir la prestación. (*Fundamentos*, cit., pág. 228.)

(122) Cfr. BÖTTICHER: *Die Rechtsnatur*, cit., págs. 269 y sigs.; KRELLER: *Zum Entwurf*, cit., págs. 200 y sigs.

(123) RUBINO: *Delle Obligazioni*, cit., pág. 17.

dicho, alternatividad), y la otra prestación se prevé sólo como sucedánea, para el caso de la realización de la primera, a cuya ejecutividad forzosa no se llega. Muy probablemente la solución a la que hay que llegar consista en afirmar que existe *in obligatione* una única obligación (a nuestro juicio, según se ha de ver, la readmisión), pero que en su ejecución (*in solutione*) «puede» existir una conversión de la prestación debida, por su equivalente patrimonial, establecido previamente. Ese «poder», que en cierto sentido legitima el no cumplimiento de la prestación principal y primaria, no significa, sin embargo, un auténtico *ius variandi* del empleador, ya que no se exterioriza a través de una declaración de voluntad suya recepticia y vinculante, sino que la transformación se produce *ex lege* por el no cumplimiento en el breve plazo previsto; paradójicamente, la «conducta incumplidora» del empleador es el presupuesto que toma en cuenta la ley para producir el efecto liberatorio de la obligación principal y le impone *ex lege* el cumplimiento de la subsidiaria. En este sentido el empleador tiene en su mano la decisión, pero a la vez se crea en él un especial deber de diligencia en el cumplimiento de la obligación principal en el plazo brevísimo de cuarenta y ocho horas, cuyo transcurso no sólo le coloca en *mora*, sino que transforma el contenido de la obligación originaria (124).

Con ello la vinculación de la obligación principal es escasa e incompleta,

(124) La configuración de ese «poder no cumplir la obligación principal» parte posiblemente de la conveniencia de implantar la forzosidad ejecutable específicamente de su cumplimiento, y, en consecuencia, de la necesidad de prever, por razones de economía procesal, su compensación económica sustitutiva. Hasta aquí ninguna especialidad existe, pues supuestos semejantes no son infrecuentes (cfr. por ejemplo, art. 924, 2, L. E. C.). Como recuerda ALONSO OLEA, en estos casos «hay que entender que viene obligado al cumplimiento específico, y que *normalmente, efectivamente cumplirá...* la pena implica ya una coerción suficiente para forzar el cumplimiento en los supuestos jurídicos normales». (*El despido*, cit., pág. 182.) Lo peculiar y propio reside en que en la raíz del sistema está previsto, *como normal, como posible e incluso como lícito*, esa no ejecución de la obligación principal, que supone, además, un deber resarcitorio muy limitado e incompleto. No se trata, evidentemente, aquí del caso normal de mero establecimiento de una indemnización para el caso de incumplimiento de la obligación única que debe cumplirse, pero es inexecutable específicamente, sino más exactamente (y de ahí el paralelismo con el art. 1.153, 1) del Código civil) de un supuesto en el que se prevé y se «permite» ese cumplimiento, sustituyéndolo simplemente por el débito de la compensación económica prevista. Si no puede hablarse propiamente de un *ius variandi*, en el sentido de *Gestaltungsrecht*, concedido al empleador, de provocar la modificación jurídica por una declaración de voluntad suya, esta modificación tiene, al menos, como presupuesto la omisión del empleador (que incluso podría entenderse, lo que no creemos, como manifestación de voluntad de asumir el débito indemnizatorio) que le «impone» la indemnización, como último efecto del mandato jurídico contenido en la sentencia.

acercándose un tanto al supuesto del artículo 1.153, 1) de nuestro Código civil (125). En nuestro caso el empleador está facultado («quisiera») para no cumplir la obligación principal, asumiendo el deber de indemnizar. Al ser inexecutable específicamente la primera, la única coacción que le fuerza a cumplir y la única garantía que ésta tiene es la «amenaza» de esa obligación subsidiaria que asume (porque la ley se lo impone), si «quiere» incumplir la principal. Se establece aquí —al igual que en la cláusula penal— «una determinación previa y forfataria del daño resarcible, que constituye así un estímulo ulterior al cumplimiento, en cuanto indica inmediatamente al obligado las consecuencias de su conducta disconforme» (126). El ordenamiento *quiere* (según veremos) que el trabajador despedido sin justa causa sea readmitido, pero utiliza para ello un *medio* jurídico muy débil, pues se prevé, e incluso se «permite», esa no readmisión; se da así una discrepancia, por razones externas a la relación de trabajo (127), entre el fin perseguido y los medios utilizados. De nuevo la escasa protección a la estabilidad al empleo se pone de manifiesto (128).

(125) Supuesto que ha dado lugar a interpretaciones no concordantes en la doctrina: promesa independiente de cláusula penal (LARENZ y SANTOS BRIZ), facultad alternativa (PÉREZ y ALGUER), aunque aquí quizá se trate de un supuesto muy peculiar de lo que RUBINO ha llamado «falsa alternativa». (*Delle obbligazioni*, cit., págs. 17 y sigs.) Sin embargo, la distinción con nuestro caso es evidente, pues en el 1.153, 1.º, se concede excepcionalmente la facultad de «eximirse de cumplir la prestación pagando la pena» y puede hablarse por ello de «proximidad» (que no es lo mismo que identidad) con el supuesto de la obligación «facultativa» (así HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, citado, I.

(126) Así SCOGNAMIGLIO: *Contratti in generale*, cit., pág. 146-147 (vid. allí cómo el incumplimiento representa un elemento constitutivo de la obligación penal, y no puede hablarse en este caso de pacto condicionado). Sobre la distinción entre indemnización de perjuicios en sentido propio y el equivalente económico de la prestación debida como efecto natural y aun falta de la obligación, vid. las muy agudas reflexiones de PUIG BRUTAU, *Fundamento*, cit., II, i, págs. 454 y sigs.

(127) «La opción normal de los ordenamientos en favor de la indemnización —frente a la anulación o revocación del despido, descansa sobre motivos ajenos a la naturaleza del contrato de trabajo.» (ALONSO OLEA: *El despido*, cit., pág. 197.)

(128) Que, por lo demás, es más significativa si se tiene en cuenta que el sistema se monta para el despido «extraordinario» en relaciones de duración determinada. Toda la regulación, podríamos decir con MANCINI, es fruto de una confusión entre el concepto de continuación y el concepto de continuación de la prestación de trabajo, o, si se prefiere, entre despido y rehusa de cumplir, entre extinción y *mora accipiendi* (*Il recesso*, cit., I, pág. 349), que es manifiesta en los autores de la época. Cfr. ALARCÓN HORCAS: *Código de Trabajo*, cit., I, pág. 249. Sobre el significado de la estabilidad y la diferencia entre estabilidad real y obligacional, vid. las comunicaciones presentadas al Primer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Madrid, octubre 1965.

28. *La obligación principal resultante de la sentencia: tesis de la indemnización; tesis de la readmisión.*—Sobre si la obligación principal o primaria resultante de la sentencia de despido, es la «readmisión» o la indemnización, tampoco la doctrina ha mantenido una posición concorde:

1) Un grupo importante de autores sostiene que la obligación principal resultante de la sentencia era el *deber de indemnizar del empleador*, pero éste podía liberarse de ella mediante la readmisión del trabajador. Así, Hueck afirma que, pese al origen y al sentido literal de la Ley, el empleador se obliga sólo a la indemnización, pero puede liberarse de ella readmitiendo al trabajador, como prueba, o el criterio legal de que si el empleador no dice nada se entiende ha «optado por la indemnización» (129). Idéntica posición ha mantenido Molitor sobre la base de que en el sistema legal previsto el empleador no puede ser obligado en cualquier caso, sino a indemnizar, pero no a readmitir (130). De modo similar se sostiene que no existe una pretensión jurídica a la readmisión, sino que la reclamación se dirige desde su origen al pago de la indemnización; pese a la letra del párrafo 87 B. R. G., el legislador ha conseguido su objetivo de que el trabajador no pierda injustificadamente su puesto de trabajo sólo de un modo indirecto, a través de la fijación de un deber de indemnizar al empleador para el caso de la no readmisión, pero no por una acción inmediata del trabajador a la readmisión. El contenido primario del deber de ejecutar del empleador, resultante de la sentencia, no es la readmisión, sino el pago de la indemnización (131).

Dentro de esta tendencia tiene especial singularidad la posición de Kreller, que señala que si bien desde el lado del deudor podría hablarse de que es primario el deber de readmitir, desde el plano de la responsabilidad (*Haftung*) se extiende sólo a la indemnización; la existencia de una deuda (*Schuld*) inexigible a readmitir significa que a través del proceso de despido sólo puede «imponerse» al empleador el pago de una indemnización (132).

Partiendo de estas ideas, afirma Bötticher que las tesis del carácter primario del deber de readmitir son un resentimiento del origen de la ley; en los proyectos iniciales se contenía sólo el deber de readmisión, introduciéndose a última hora el principio de la indemnización. Pero en el momento que el legislador decide dejar a discreción del empleador la readmisión, en la gran

(129) *Die Kündigungsbeschränkungen*, cit., pág. 17; *Lehrbuch*, cit., I, pág. 374; *Zur Auslegung*, § 84 B. R. G., N. Z. F. A. R., 1921, pág. 209.

(130) *Zum § 87 B. R. G., Arbeitsrecht*, 1926, págs. 485 y sigs.

(131) Cfr. MOLITOR: *Frage... aus den Kündigungsschutzges*, N. Z. F. A. R., 1926, página 65; FLATOW KAHN-FREUND: *Kommentar*, cit., págs. 433 y sigs.; OERTMANN: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 288

(132) *Zum Entwurf*, cit., págs. 202 y sigs.

mayoría de los casos decidirá la indemnización; de este modo la ley sólo indirectamente intenta que el trabajador conserve el puesto de trabajo en caso de despido antisocial: «la amenaza de la imposición de un deber de indemnización para el caso de no readmisión, pero no una acción inmediata del trabajador a la readmisión. Existe diferencia entre el fin y el medio». Pero el derecho a la indemnización del trabajador y el deber correspondiente del empleador permanece condicionado; si en el plazo de tres días éste no ha optado por la readmisión, tiene el trabajador derecho a reclamar la indemnización impuesta por la sentencia. La solución la tiene en su mano totalmente el empleador; si él elige la readmisión, no realiza un *deber*, sino más bien utiliza una posibilidad de evitar la indemnización que le amenaza. El empleador sólo debe la indemnización si no readmite; por ello, en realidad, la acción a la indemnización no es una acción secundaria, un sucedáneo para la no realización de la obligación primaria de readmisión, sino que se trata en sí misma de la única acción del trabajador al que se le debe indemnización por el despido, aunque por la especial naturaleza de la cosa sólo puede surgir si el empleador no readmite al trabajador; la sentencia impone así un deber de indemnizar, pero la condiciona al rechace de la readmisión. Esta nunca es deber del empleador, sino, al contrario, un especial derecho que el ordenamiento le concede (133).

2) Otro sector de la doctrina afirmaba, al contrario, que la obligación originaria del empleador, resultante de la sentencia, era la de *readmitir al trabajador* (134). Un argumento que se utilizó en favor de esta tesis era, de un lado, los antecedentes de la ley al introducirse el tema de la indemnización posteriormente como respuesta al problema práctico de la negativa fáctica a cumplir el deber de readmitir; otro, era el sentido literal del párrafo 87, 1, B. R. G. (135), aun cuando es de reconocer que el precepto era bastante im-

(133) *Die Rechtsnatur*, cit., págs. 371 y sigs.

(134) SCHEUFFLER: *Zum § 87 B. R. G.*, págs. 307 y sigs.; PROEBSTING: *Die Rechtsnatur des sog. Wahlrechts des Arbeitgebers...*, N. Z. F. A. R., 1924, pág. 429; GUERRIG: *Die Rechtsnatur der Entschädigung nach dem B. R. G.*, N. Z. F. A. R., 1923, pág. 515; MANSFELD: *Kommentar*, cit., 459, etc.

(135) En el Proyecto se previó tan sólo el deber de readmitir, la indemnización se incluyó posteriormente como solución transaccional, lo cual, según algunos, supone tan sólo el imponer una indemnización pecuniaria para el caso de no readmitir. (PROEBSTING: *Die Rechtsnatur*, cit., pág. 429.) Para otros, el derecho de codeterminación en el despido no se explica si no se afirma como primario el deber de readmitir. (MANSFELD: *Op. cit.*, pág. 459.) Según WIEDEMANN, esta es la solución que más se corresponde con el sentido y el objeto del procedimiento de reclamación, y es, además, la única que se corresponde con la voluntad del legislador de evitar despidos arbitrarios y reforzar la comunidad en la empresa, no siendo obstáculo para ello que el empleador pueda libe-

preciso y permitía interpretaciones contradictorias. Nuestro ordenamiento acepta una redacción bastante más clara sobre el particular. La nueva redacción del artículo 17 del Decreto-Ley de la Organización Corporativa Nacional, en su número 6, expresamente señala que el «patrono deberá readmitirle», y en su número 7 indica que «si hallándose obligado el patrono a readmitir al trabajador...». El texto no deja lugar a dudas sobre *el carácter primario del deber de readmitir*, y el carácter subsidiario del deber de indemnización. Esta interpretación, además, es la que más se corresponde con el sentido y el objeto de la «reclamación», que tiende a evitar arbitrariedades en el despido y un mayor aseguramiento en el puesto de trabajo; no empece a esto el que el empleador pueda liberarse de la obligación mediante el pago de la indemnización, se trata meramente de que ésta no es forzable, pero esto ocurre en el Derecho común con otras obligaciones de hacer de carácter «personalísimo» (136).

Que la indemnización resulta de la no ejecutoriedad forzosa de la admisión es señalado por Scheuffler (137), para el cual en la llamada elección del empleador existe un *Nacheinander* de dos formas de manifestación de un único deber, el de readmisión; de modo que la indemnización es sólo una nueva forma de exteriorización de la obligación fundamental originaria de la readmisión y como tal fijada para entrar en el lugar de la no coercible obligación del empleador; semejante al supuesto de la Z. P. O. (entre nosotros, 924, 2 L. E. C.), en el que ya la sentencia fija la indemnización para el caso de que el deudor no realice la conducta debida. Esta tesis de la equiparación del

rarse de su obligación mediante el pago de la indemnización. (*Die allgemeinen Kündigungs-schutzbestimmungen*, cit., pág. 91.)

(136) El argumento comparado puede ser aquí decisivo. Podríamos decir con VINCENT que frente al sistema francés (de las leyes de 1890 y 1928), que establece el principio de que la víctima de un despido abusivo sólo puede reclamar una indemnización compensatoria del perjuicio sufrido y no su reintegración en la empresa (no puede así allanarse a la demanda ofreciendo readmitirle), el «derecho de oposición» al despido (de la B. R. G. y de nuestro Decreto de 1928) se dirige principalmente a obtener la readmisión del trabajador por el empleador. (*La dissolution*, cit., pág. 617.) En consecuencia, puede decirse que la acción tiene por objeto la readmisión, y *el ofrecimiento de ésta por el empleador significa allanamiento, lo que no sucede con el ofrecimiento de la indemnización*, incluso en su monto máximo, pues ésta no sanciona una falta contractual del empleador en el ejercicio de su poder de despido, sino más bien el incumplimiento de readmisión impuesta por la sentencia.

(137) Según SCHEUFFLER, la introducción de la indemnización en el Proyecto del B. R. G. supuso sólo una gradual suavización en relación con la ejecución forzosa de la readmisión; en el momento que se decide que el despido es injustificado el empleador está obligado a readmitir, aunque el empleador puede liberarse de esto abonando la indemnización, que es una forma diversa de manifestación de la obligación única de la readmisión. (*Zum § 87 B. R. G.*, cit., págs. 307 y sigs.)

supuesto de la sentencia de despido al del 924, 2 L. E. C. no es, sin embargo, del todo aceptable. Alonso Olea ha demostrado cumplidamente cómo no puede hablarse de la imposibilidad de ejecución específica del contrato de trabajo y de la invalidez del argumento del carácter personalísimo de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo (138); aún más, han existido y existen casos en los que la «obligación de readmitir» es susceptible de ejecución específica. Una cosa es el *fundamento* o fin perseguido al establecerse la previsión de la indemnización sustitutoria, y otra el *medio* técnico jurídico empleado, que, en el caso del despido, no coincide enteramente, a nuestro juicio, con el del artículo 924 L. E. C.

La indemnización aparece como resultante de una negativa de la obligación principal (readmitir); si no se emplea al despedido injustificadamente, surge el deber de indemnizar. En este sentido, nuestro régimen jurídico, según hemos dicho, acepta más que la idea de la facultad alternativa en sentido propio (derecho a liberarse por medio del pago de la sustitutiva) —en la que el acreedor puede reclamar, en caso de incumplimiento de la principal, indemnización de daños por inejecución, pero no la realización de la obligación sustitutiva—, la idea de la obligación principal con subsidiaria penal: en caso de un incumplimiento de la principal, en el plazo brevísimo impuesto por la celeridad que caracteriza a todo el procedimiento, el empleador no sólo tiene obligación exigible de pagar la indemnización, sino que es la única ejecutable de ambas. El empleador, indica Egly, debe en primera línea readmisión, y sólo en segunda línea, de no cumplirse aquélla, está obligado al pago de la indemnización fijada por la sentencia (139); se trata de una obligación que establece la sentencia para el caso de que no tenga lugar la readmisión a que se encuentra obligado el empleador.

La readmisión no es, por tanto, un «derecho» del empleador del librarse de la indemnización, sino un deber (aunque inejecutable específicamente) que la sentencia le impone directamente, como obligación principal. La indemnización es, al contrario, una obligación accesorias, de origen legal, en cierto

(138) *El despido*, cit., págs. 181 y sigs.: «Se dice no que una condena de ejecución específica de un contrato de trabajo impuesta al empresario es imposible, sino meramente que es difícil o muy difícil su ejecución». La opción normal de los ordenamientos en favor de la indemnización —frente a la anulación o revocación del despido— descansa sobre motivos ajenos a la naturaleza del contrato de trabajo.

(139) El empleador debe en primera línea, y así lo establece la sentencia, la readmisión, pero se ha evitado la ejecución forzosa de este deber, dejándose la última decisión al respecto al empleador; que la ley haya evitado la ejecución específica del deber de readmitir no impide que éste exista y sea el contenido de la sentencia: la pretensión a la «revocación» del despido tiene así una *unvollkommene Verbindlichkeit*, es demandable pero no ejecutable. (*Der allg. Kündigungsschutz*, cit., págs. 40 y sigs.)

modo de garantía y subrogante de la principal, para el caso de que ésta no venga realizada en el breve plazo citado, cuyo transcurso no significa la mera colocación en mora del empleador, sino la modificación del contenido de su débito, transformado de readmisión en indemnización. La originalidad del procedimiento consiste precisamente en una fijación previa del «importe» de la condena específica del empleador para el caso de incumplimiento; se impone el cumplimiento mediante el «equivalente económico de la prestación debida» (140), por eso podía afirmarse que la indemnización no es sino una forma diversa de manifestarse de la obligación única del empleador, la readmisión.

Por la decisión judicial el empleador debe primera y únicamente la readmisión, pero por razones de política legislativa no se establece la realización forzosa de este deber, dejándose además al empleador la última decisión sobre el particular, sin que ello obste al contenido genuino de la obligación de readmitir. El derecho del despedido a la readmisión, cabe decir con Scheuffler, es «semivinculante», demandable pero no ejecutable; una acción contra los efectos del despido mismo que contiene subsidiariamente una pretensión indemnizatoria (141).

29. *El deber de readmisión, estructura y significado.*—La estructura de ese «deber de readmisión» fue también debatida. Con la readmisión una relación de trabajo ya extinguida recobra vida, pero el significado de esa relación nuevamente existente no es claro, pues puede pensarse tanto que es una relación surgida *ex novo*, como del establecimiento de la antigua. El tema no es baladí, pues de su resolución se deriva la de otro problema interesante: la existencia o no de un deber del trabajador de aceptar la readmisión y reingresar en la empresa.

En el sistema del D. de 1928 el deber de readmitir sólo se imponía al empleador en el caso de que el trabajador no estuviese colocado en el momento de readmitir (cuarenta y ocho horas después de la firmeza del fallo). Implícitamente suponía admitir que hasta ese momento le era permitido aceptar otra colocación, pero quedaba sin solucionar qué sucedía desde ese momento, y sobre todo en el caso de que no exista otra colocación. Esto sólo se puede resolver contestando a la cuestión de la base jurídica en que se funda la readmisión:

- 1) Según algunos, extinguida la relación «antigua», con la readmisión

(140) PUIG BRUTAU: *Fundamentos*, cit., pág. 454.

(141) *Zum § 87 B. R. G.*, cit., págs. 311 y sigs. Según KRELLER, si del lado del débito (*Schuld*) puede afirmarse que el empleador «debe» la readmisión, en el plano de la responsabilidad (*Haftung*) responde sólo de la indemnización. (*Zum Entwurf...*, cit., página 131.)

tiene lugar la *constitución de una relación de trabajo «nueva»*, pero no existe concordancia sobre cuál sea el fundamento de esa nueva relación, manteniéndose al respecto fundamentalmente dos posiciones:

a) *base contractual*, ya a través del reconocimiento de una oferta del trabajador contenida en la reclamación que acepta el empleador al «optar» por la readmisión (142), ya de una aceptación del trabajador de la oferta patronal contenida en la «opción» realizada por el empleador al aceptar el cumplimiento del deber de readmitir (143). Ambas tesis tienen una fácil crítica, pues el ejercicio de una acción carece de valor de declaración de voluntad negocial, y no es admisible en principio que en el mero cumplimiento de una obligación de hacer puede contenerse una declaración de voluntad contractual, que además el trabajador sería, en todo caso, libre de aceptar (144).

b) *base judicial*, el carácter constitutivo de la sentencia de despido ha sido interpretado en el sentido de que la decisión judicial da lugar a la constitución de una nueva relación de trabajo (145). Sin embargo, debe decirse frente a esto que no se tiene en cuenta la sustancia de la decisión judicial, que examina no el futuro, sino el pasado; además, no sirve para explicar los casos en los que tal readmisión no tiene lugar por tener colocación ya el trabajador; finalmente, tiene dificultades para explicar la condena a los «salarios de tramitación», cuyo pretendido carácter indemnizatorio no parece aceptable.

La idea de que en la readmisión tiene lugar la constitución de una nueva relación carece de fundamento y debe ser, por tanto, rechazada. La relación de trabajo que sigue es, por tanto, la «antigua», pero aún falta por ser el fundamento constitutivo de este resurgimiento.

2) La mayor parte de la doctrina admitió que con la readmisión no se constituía ninguna nueva relación jurídica, sino que se disuelve con efecto retroactivo la eficacia del despido y *produce de nuevo sus efectos el viejo contrato*. Es sólo una continuación, querida y posible, de la anterior relación; se mantienen los mismos derechos y expectativas y no es necesario acuerdo de las partes. Dos posiciones fundamentales caben entre el fundamento de ese restablecimiento:

a) Según algunos, el empleador no debe propiamente la readmisión, sino que es condenado a emanar una declaración de voluntad, *revocando* con eficacia *ex tunc* el despido. Se trataría aquí de una excepción particular y típica

(142) Así SINZHEIMER: *Grundzüge des Arbeitsrechts*, cit., pág. 202.

(143) MOLITOR: *Fragen...*, cit., pág. 62; HUECK: *Der Arbeitsvertrag...*, cit., página 222; OERTMANN: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 241.

(144) Cfr. NIPPERDEY, en *Staundigers Kommentar B. G. B.*, § 620; BÖTTIGHER: *Zur Rechtsnatur*, cit.

(145) Vid. literatura cit.; en MANSFELD: *B. R. G. Kommentar*, cit., págs. 460 y sigs.

del principio general de la irrevocabilidad del despido (146). Con la revocación el empleador hace desaparecer retroactivamente los efectos del despido, se «desiste» de él; la situación jurídica queda como si no hubiera existido tal despido (147). Frente a esta tesis, que es la más generalizada, deben hacerse algunas observaciones, sobre todo cara a nuestro ordenamiento: su aceptación equivale a admitir que la «readmisión» no es debida en ningún caso por el empleador, sino que éste debe o la declaración de revocación (y de ella se deriva, más que un deber de readmitir, la reconstitución de la relación de trabajo con todos sus efectos), o la indemnización a falta de la primera. Nuestro sistema, desde sus inicios, no ha podido ser más claro respecto al deber de readmitir; la sentencia judicial no impone al empleador que otorgue una declaración de voluntad, *sino directamente la readmisión*, por lo que tal declaración de voluntad es innecesaria. Ni siquiera al hablarse de «opción» entre indemnización o readmisión se alude con ello a que en la aceptación de la readmisión (por el ejercicio de la facultad de liberarse de ella mediante el pago de la indemnización) existe una declaración de voluntad constitutiva de la revocación del despido, sino que se está ante un despido que por el efecto de la decisión judicial ha perdido en principio sus efectos.

b) Algún autor ha sostenido, aunque de un modo implícito, que en la sentencia judicial tiene lugar un fenómeno muy similar a la *impugnación del negocio de despido*. Como es sabido, la impugnación se caracteriza por la concesión de las partes o a un tercero de la posibilidad de actuar para eliminar (total o parcialmente) los efectos finales de un negocio. El negocio ha surgido válido y eficaz, sólo que se realiza desde su inicio o sobreviene algún vicio previsto por la ley en orden a su funcionamiento, a la producción de sus efectos finales, por lo que se concede al interesado la posibilidad de impugnar sus efectos. A diferencia de la anulabilidad en el sentido propio (el negocio anulable es inválido), en la impugnabilidad existe un negocio válido, pero expuesto a perder sus efectos a través de los medios fijados por la ley (148). Se trata de un supuesto de anulación en el sentido amplísimo aceptado por la

(146) Así, por todos, EGLY: *Loc. cit.*, págs. 81 y sigs. El Proyecto de 1923 hablaba claramente de «revocación». Su *Denkschrift* explicaba: «La extinción es eficaz, pero si el despido es revocado se entiende ineficaz desde el principio y, pese a la interrupción, la relación de trabajo es de nuevo restablecida.» Vid. sobre el particular HURCK: *Der Arbeitsvertrag*, cit., 214.

(147) WIEDEMANN: *Die allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen*, cit., págs. 72 y sigs., cita la frase de DIETZ de que la declaración del empleador no se dirige al futuro, sino al pasado. Es opinión mayoritaria: MANSFELD, KRELLER (para la A. O. G.), NIKISCH, etc.

(148) Cfr., por todos, SCOGNAMIGLIO: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, págs. 343 y sigs.

doctrina (149), que puede aplicarse en principio a la sentencia condenatoria de despido. Por encima de la posible diferencia de denominación e incluso de calificación, lo importante es admitir que el efecto constitutivo del restablecimiento de la relación de trabajo deriva de la decisión judicial misma y no del ejercicio posterior de la «opción» del empleador, revocando su despido (150).

30. *La reclamación como impugnación del despido.*—En este sentido puede entenderse la «reclamación» frente al despido como una «impugnación» (o una acción de anulación en sentido amplísimo); el despido tiene efecto, ya que la reclamación carece de efecto dilatorio, pero es «defectuoso» por carecer de justificación, por lo que puede ser impugnado (anulado) con eficacia retroactiva, consecuencia constitutiva de la sentencia. Si se readmite al trabajador, el despido rige desde el principio como nulo y la relación de trabajo anterior continúa como el contrato que la constituyó, pues el despido válido civilmente pierde retroactivamente su eficacia, prosiguiendo entonces el viejo contrato con toda su eficacia (151). La reclamación frente al despido, paralelamente a la anulación de derecho común, para que tenga efectos debe ser hecha vigente por el interasado, de tal manera, que el despido sin justa causa que no sea impugnado por el trabajador tiene plenitud de efectos. Con la particularidad de que esa impugnación debería realizarse ante el órgano competente en el brevísimo plazo legalmente previsto. El efecto de la sentencia de despido injustificado es, por tanto, que el despido se entiende como no declarado y la situación jurídica deviene como era anteriormente: los derechos, obligaciones y expectativas se conservan plenamente y el trabajador conserva, como si el empleador se hubiese colocado en situación de mora en la aceptación del trabajo (152), el derecho a la remuneración por todo el tiempo.

(149) Cfr. SACCO: «Nullità e annullabilità (D. civ.)», en *Novissimo Dig. Italiano*, tomo XI, págs. 463 y sigs.; LEHMANN: *Tratado*, cit., I, págs. 252-264.

(150) Precisamente se señala como dato característico de la anulabilidad, frente a la nulidad, la naturaleza constitutiva y declarativa respectivamente del pronunciamiento judicial. Cfr. SACCO: *Loc. cit.*, pág. 465; ANDRIOLI: *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., I, págs. 253 y sigs.

(151) Cfr. VOCKRODT: «Die Weiterbeschäftigung nach § 87 B. R. G. als fortgesetztes nicht-neues-Arbeitsverhältnis», *SchWes.*, 1923, págs. 25 y sigs.

(152) Cfr. art. 47, 1.) L. C. T. «La consecuencia de la mora es que el trabajador puede exigir la remuneración acordada, a pesar de la falta de prestación de trabajo.» (HUECK y NIPPERDEY: *Compendio de Derecho del trabajo*, Madrid, 1963, pág. 135.) Según HINOJOSA, en este caso «conservará el obrero el derecho al salario, como si realmente hubiera realizado su trabajo.» (*El contrato de trabajo*, Madrid, 1931, pág. 93.) En igual sentido para la doctrina actual, GUILARTE: *Manual de Derecho del trabajo*, Valladolid, 1960, pág. 210.

No falta en nuestra doctrina la opinión de que se trata de una prestación no salarial; así, según ALONSO GARCÍA, «aun cuando el precepto transcrito habla de salario,

po en el que el contrato no ha existido durante la vigencia de efectos del despido. Se trata de un derecho marcadamente salarial, como el Decreto reconoce (153), pero no se reduce a esto, pues si se rehabilita efectivamente la relación de trabajo, se entiende a todos los efectos (antigüedad, etc.) como si no se hubiera interrumpido.

La restitución de la relación de trabajo anterior no puede tener lugar en aquellos casos en los que su reconstrucción no es posible por haber encontrado el trabajador otra colocación y haberse constituido una relación de trabajo con otro empleador. En este caso, el sistema del Decreto previó como único efecto de la sentencia el reconocer la carencia de efectos al despido hasta el momento de la constitución de una nueva y diversa relación de trabajo (154). En éste, nuestro sistema llega bastante menos que su modelo alemán, que en estos casos dejaba la decisión al propio trabajador, que podía elegir entre la relación anterior o la nueva, pero en el caso de elegir la primera no podía exigir los «salarios de tramitación» por el tiempo que estuvo colocado, lo cual, por otro lado, es una aplicación normal de los principios que rigen la mora del empleador (155).

hay que entender que la retribución percibida por el trabajador y cuyo derecho expresamente se reconoce, no tiene la naturaleza de tal, sino la de indemnización por suspensión». (*Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1964, pág. 529.) La afirmación no parece fundada, pues precisamente si hay suspensión (art. 80 L. C. T., D. 26-I-1944, etcétera) no existe mora del empleador, que es supuesto previsto precisamente en el artículo 47. Vid. GHEZZI: *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.

(153) «El patrono queda obligado a satisfacer el importe íntegro de los jornales.» (Art. 17, 6.º, reformado por el Decreto que comentamos.) Cfr. NÚÑEZ SAMPER: *Evolución del despido sin causa*, cit., pág. 231. Para la doctrina alemana es opinión unánime. Vid. por todos WIEDEMANN: *Die allgemeinen...*, cit., pág. 96. Nuestra regulación vigente habla de «indemnización complementaria», denominación que ha recibido sin especial objeción la doctrina. RIVERO LAMAS («Indemnización (D. laboral)», en *Nueva Enciclopedia Seix*, t. XII, pág. 259) afirma que esta indemnización sí lo es verdaderamente por incumplimiento del contrato, porque trae su causa, no de la extinción..., sino del hecho de no haberse abonado unos salarios debidos al impedir la prestación de trabajo el empresario, culpablemente, vigente la relación de trabajo. Si se admite que es debida por no haberse abonado unos salarios, y consiste en el importe del salario, se trata, lógicamente, de un *débito salarial* y no de una responsabilidad resarcitoria. Carece, pues, a nuestro juicio, de un genuino carácter indemnizatorio: es una deuda salarial típica que se produce por la disolución de efectos retroactiva del despido, que coloca en situación de mora al empleador.

(154) «O, en su caso, entre el despido y el día en que el obrero se hubiera colocado nuevamente» (Art. 17, 6.º, cit.).

(155) Cfr. art. 47, 3 L. C. T. Que el precepto trata de evitar dos remuneraciones y por ello un enriquecimiento sin causa del trabajador, es reconocido por la doctrina. (Cfr. PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 150.) En el Derecho actualmente

Con lo antedicho se aclara indirectamente la posición del trabajador frente a la decisión: al existir de nuevo la relación de trabajo, se reconstituye el vínculo obligacional entre las partes y, en concreto, el deber genérico de trabajo del trabajador. En puridad, la readmisión no es sólo un *derecho* (por demás inexigible) del trabajador, sino un *deber* derivado de la relación. La negativa del trabajador a ser readmitido es un incumplimiento de ese deber, una inejecución contractual, que podrá traducirse, ya sea en un nuevo despido justificado, o, más generalmente, un abandono del trabajador, manifestación de su voluntad de dimitir (156).

31. *La naturaleza jurídica de la indemnización en la doctrina alemana.*— Sobre la «indemnización» resultante por no cumplimiento por el empleador de su obligación de readmitir, los estudiosos de la B. R. G. también mantuvieron diversas posiciones.

La tesis inicial —no debe olvidarse que el sistema se establece para despidos «ordinarios»— sostenía el carácter salarial de la misma. Así, Sinzheimer, partiendo de su correlación con los años de servicios, afirmó se trataba de una remuneración del trabajo prestado ya por el trabajador pero percibida *a posteriori*, precisamente para ayudar a buscar una nueva colocación (157). La tesis, que sólo tiene interés respecto a someter la protección de su crédito a las reglas del crédito salarial, no tuvo fortuna por infundada, existiendo caso de inmediato acuerdo sobre su no carácter «salarial», como en general se admite entre nosotros, ya que los datos positivos no ofrecen dudas sobre el particular (158).

Pero afirmado su carácter no salarial no por ello se resuelve la cuestión. Un sector de la doctrina, especialmente Lange y Schäffler, sostuvo que se trataba de una indemnización resolutoria por la conducta ilícita del empleador, dado el carácter antijurídico del despido (*Schadenersatz*) (159).

vigente los «salarios de tramitación» han de pagarse en todo caso, es decir, «con independencia de que el trabajador haya devengado salarios en otra empresa durante la tramitación del procedimiento de despido.» (RIVERO LAMAS: *Loc. último cit.*, pág. 259.) La regulación es criticable, pues olvida la aplicación del principio general sentado en la L. C. T., y puede hacer especialmente gravosa la carga al empleador sin responder además al fundamento de su previsión.

(156) Cfr. WIEDEMANN: *Die allgemeinen...*, cit., pág. 92.

(157) *Grandzüge*, cit., pág. 182. Cfr. en la doctrina italiana GRECO: *Il contratto di lavoro*, Torino, 1931, págs. 401 y sigs. Vid. sobre el particular extensamente PÉREZ BOTIJA: «Naturaleza del despido», en *Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, cit., páginas 93 y sigs.

(158) LANGE (*Die rechtliche Natur der Entschädigung nach dem B. R. G.*, N. Z. F. A. R., 1924, pág. 223) afirma que se tiene en cuenta que se ha dañado el interés del trabajador. SCHEUFFLER: *Zum 87 B. R. G.*, cit., págs. 307 y sigs.

(159) Cfr. arts. 37 y 81 L. C. T. Cfr. en contra, GARCÍA DE HARO: *El salario como*

Frente a esto, y al lado de la tesis peculiar de Kreller, que habló de una responsabilidad sin deuda (160), la mayoría de la doctrina sostuvo que se trataba de una «acción jurídico-social», de una *compensación* por los daños patrimoniales o no, y pérdida de derechos adquiridos obtenidos por el trabajador. El argumento más importante frente al carácter puramente resarcitorio de la indemnización se basaba en su carácter forfatorio, que hacía que el trabajador obtuviese en realidad sólo una escasa compensación por la pérdida de su empleo, siendo para él el puesto de trabajo de valor muy superior a la reducida indemnización que se le concede. Por ello se afirma que se trata de una acción legal derivada en última instancia de la vieja relación de trabajo, y que es manifestación de una medida político-social de protección que tiende a compensarle los daños provocados por la pérdida de empleo y ayudarle provisionalmente mientras encuentra una nueva colocación (161).

Sobre este punto más o menos está de acuerdo la doctrina, aunque las formulaciones son distintas: no se trata de una indemnización en sentido estricto (*Schadenersatz*), ni de una remuneración, sino de un deber jurídico-social del empleador, que tiende a conseguir una compensación equitativa por los perjuicios ligados con la salida de la comunidad de la empresa, de un *Abfindung* por la ejecución no realizable de la acción, un *pretium doloris* social (162). Fundamento de este deber no es la violación de la obligación del empleador, ni una acción ilícita suya, sino la «delegación legal al Juez para conformar, de un lado, la fijación jurídica del trabajador en la empresa: de otro, la falta de un fundamento profundo para el despido» (163); se trata de una compensación porque el trabajador pierde su empleo aunque no exista un fundamento que socialmente justifique el ejercicio del poder de despido por el empleador (164), ejercicio de un derecho que no puede calificarse de acción ilícita.

crédito privilegiado, Pamplona, 1960, aunque se trata más que de una construcción conceptual, de un intento de incluir dentro del privilegio salarial a la indemnización por despido «improcedente».

(160) *Zum Entwurf...*, cit., pág. 127 y sigs.

(161) Cfr. GUERRIG: *Die Rechtsnatur...*, N. Z. F. A. R., 1923, pág. 515; PROBSTING: *Zur Auslegung...*, cit., págs. 33 y sigs.; FRICKE: *Kündigungsschädigung und Ansprüche aus dem Arbeitsverträge*, cit., págs. 45 y sigs. Para la doctrina más reciente vid. HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, cit., I, págs. 604 y sigs.; NIKISCH: *Arbeitsrecht*, citado, I, pág. 641; NIPPERDEY: *Der Dientsvertrag*, cit., pág. 1550.

(162) Cfr., por todos, FRICKE: *Kündigungsschädigung...*, cit., págs. 43 y sigs. y bibliografía allí citada.

(163) Cfr. BÖTTICHER: *Zur Rechtsnatur...*, cit., págs. 269 y sigs.

(164) Cfr. FLATOW y KAHN FRUND: *B. R. G. Kommentar*, cit.; MANSFELD: *B. R. G. Kommentar*, cit.; HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, 1.ª ed., pág. 65; KASKEL DERSCH: *Arbeitsrecht*, cit., pág. 288; WIEDEMANN: *Die allgemeinen*, cit., págs. 80 y sigs.

32. *El problema en nuestro ordenamiento.*—En nuestro ordenamiento tales reflexiones no pueden ser aplicadas sin más, sobre todo si se tiene en cuenta que el Decreto de 1928 no regula las consecuencias de un despido ordinario no justificado en relaciones de duración indefinida, sino las consecuencias de un despido extraordinario no justificado en la relación de trabajo de duración determinada. A la letra del Código de Trabajo tal despido no supone ejercicio de un derecho del empleador, sino, pese a su eficacia inicial, un *incumplimiento*. Por eso y porque se trata de un despido extraordinario para el que la doctrina admite la posibilidad de *Schadenersatzansprüche* (165), podría aceptar en principio la terminología aceptada por el Decreto que estudiamos: «indemnización de perjuicios». Sin embargo, muchas de las observaciones hechas por la doctrina alemana sobre el carácter no puramente resarcitorio de la indemnización por despido injustificado (mas exactamente, por no readmisión) no pueden ser desconocidas enteramente en lo que respecta a la peculiaridad de su tratamiento y regulación (166).

Es sintomático que el ordenamiento admite que en los supuestos de despido injustificado, pero en los que el trabajador ha encontrado otra colocación (sea de la clase que sea), éste no tiene derecho a indemnización alguna (por no tener «derecho a readmisión»). La indemnización se vincula así más que a la acción de despido a la readmisión; tiende a resarcir o, más exactamente, a sustituir el no cumplimiento del deber de readmitir. Ello no le da un mero y propio carácter indemnizatorio, sino más bien de sustitución de la prestación debida por un equivalente económico (*id quod interest*) (167), para cuya fijación se establecen criterios legales propios y cuya cuantía se determina en la propia decisión del juzgador. Pero esta determinación previa no sólo sirve para suprimir fases en el procedimiento, sino para coaccionar y en cierto sentido garantizar el cumplimiento de la obligación principal; por ello tiene así un

(165) Cfr. HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch*, cit., 6.ª ed., pág. 713; MOLITOR: *Die Kündigung*, cit., 2.ª ed., pág. 307.

(166) El no «puro» carácter resarcitorio y la naturaleza compleja de la indemnización es doctrina generalmente aceptada; PÉREZ BOTIJA: *Naturaleza jurídica*, cit., páginas 93 y sigs.; HERNÁIZ MÁRQUEZ: *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, 2.ª edición; MARAVALL: «El predominio de lo discrecional en la fijación de la indemnización por despido», *R. T.*, 1946, pág. 285; GARCÍA ABELLÁN: «La indemnización por despido improcedente...», *R. D. T.*, 1960, págs. 4 y sigs.; BAYÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, 6.ª ed., pág. 629; ALONSO OLEA: *El despido*, cit., páginas 170 y sigs.; ALONSO GARCÍA: *Curso*, cit., pág. 560; GUILARTE: *Manual*, cit., página 314; RIVERO LAMAS: *Indemnización*, cit., pág. 259.

(167) Cfr. PUIG BRUTAU: *Fundamentos*, I, 2, págs. 455 y sigs. Sobre la distinción entre la acción sustitutiva del cumplimiento y la acción de indemnización de daños y perjuicios, vid. PINTÓ RUIZ: «Incumplimiento de las obligaciones civiles», *N. E. Seix*, XIII, págs. 192 y sigs.

sentido de sanción penal, sabidamente no incompatible con el carácter resarcitorio (168).

Lo peculiar y característico es que el no cumplimiento de la readmisión aparece como normal; aunque la expresión «no quisiera readmitirle» del Decreto podría interpretarse en el sentido lógico formal de eliminar los supuestos de imposibilidad en una interpretación más realista y concorde con el sentido de la innovación parece expresar la facultad concedida al empleador de no cumplir su prestación principal de readmitir, asumiendo el débito de la «indemnización» sustitutiva.

El Decreto hablaba de indemnizar perjuicios por el tiempo en que pueda tardar en hallar nueva colocación; con ello se pone de manifiesto que más que resarcir el daño efectivo ocasionado por la pérdida del empleo, se trata de subvenir al lucro cesante de la falta de remuneración «para que no se resienta en medida excesiva de las consecuencias que derivan de haber concedido la ley a la otra, en vista de particulares razones, un poder repugnante a la naturaleza de la relación, o, cuando menos, anómalo respecto a ella» (169). En efecto, para la liquidación forfataria del «perjuicio» el órgano competente toma en cuenta, por un lado, la «pérdida» del empleo (tiempo de servicio), y, por otro, fundamentalmente el sustento del trabajador «por el tiempo que pueda tardar en hallar nueva colocación» (cargas familiares, facilidades de encontrar un nuevo empleo). Precisamente en base a esto afirma Pérez Botija que la indemnización al despedido no es un mero resarcimiento por la lesión producida por acto rescisorio de cualquier contrato patrimonial, sino que también tiene un cierto sentido de premio proporcional a la permanencia en la empresa y es, además, una forma indirecta de previsión, al tener por objeto entregar una cantidad al trabajador despedido para que pueda hacer frente a su falta de salario al quedarse sin ocupación (170).

33. *Los límites a la discrecionalidad en la fijación de la indemnización.* Una especialidad de nuestro sistema, en contraste con su modelo alemán, consiste en la previsión de criterios legales propios para el cálculo de la indemnización (171). Aun cuando se encomienda al órgano decisor la fijación, en

(168) Cfr. SCOGNAMIGLIO: *Contratti in generale*, cit., pág. 146; MANCINI: *Il recesso unilaterale*, cit., I, pág. 389.

(169) MANCINI: *Il recesso unilaterale*, cit., I, pág. 390. No debe olvidarse que se trata de supuesto de despido en relación de duración determinada.

(170) *Naturaleza jurídica*, cit., págs. 97 y sigs. Cfr. CAMERLYNCK: *Traité pratique*, citado, págs. 157-158.

(171) Según el parágrafo 87, 1) B. R. G., el Tribunal no era libre de fijar a su criterio la indemnización, sino que prescribía que ésta había de ser proporcionada al número de años de servicio y fijaba unos límites máximos (6/12) y mínimos (1/12) respecto

cada caso, de la indemnización, se establecía en el Decreto que el cálculo de su importe habría de realizarse dentro de ciertos límites y teniendo en cuenta unos determinados criterios que preceptivamente han de ser considerados. Por de pronto, quizá por influencia de la indemnización sustitutoria del preaviso, la indemnización debía fijarse tomándose como módulo el salario, que actúa así de multiplicando habiendo de decidir el órgano sólo el multiplicador en cifra comprendida entre los quince días y tres meses (172). Pero, incluso dentro de esos límites, la discrecionalidad del órgano estuvo muy limitada, pues preceptivamente ha de considerar como criterios los antes señalados. El «prudente arbitrio» del juzgador tiene así un campo de juego muy limitado por esos límites y esas directrices legales; si se le concede facultad discrecional para considerar las especialidades del caso concreto, esto rige fundamentalmente para la valoración de esas circunstancias legalmente prescritas que concurren en cada caso y no para la decisión según la opinión o criterio personal del juzgador. Estos límites del campo de juego de la discrecionalidad judicial constituyen realmente dominio de lo reglado y son por ello controlables en vía de recurso (173). Tal debería ser entre nosotros, pues «aun que la ley concedie-

a la remuneración anual; dentro de esos límites decidiría el órgano discrecionalmente, teniendo en cuenta «la situación económica del trabajador y la capacidad económica del empresario». De este modo —comentaba la doctrina— el Tribunal, previendo una indemnización pecuniaria fuerte, podría imponer indirectamente al empleador la asunción del trabajador. (VINCENT: *La dissolution*, cit., pág. 618.)

(172) Lo que no deja de suponer en la práctica sensibles dificultades para su cálculo. Cfr. CAMERLYNK: *Traité pratique*, cit., pág. 173 y sigs.

(173) La discrecionalidad, según la versión más reciente, se limita a la cuestión de derecho y no a la fijación de los hechos, y significa la concesión de una valoración propia, que no es mera interpretación de la ley y que se refiere, además, a un caso concreto. Lo característico de la discrecionalidad del juez es no sólo que debe hacer uso de ella conforme a sus deberes, sino con un especial «espíritu»; debe emplearla no según sus deseos u opiniones, sino teniendo en cuenta los puntos de vista que le han sido encomendados: la discrecionalidad empieza justamente donde no se han dado puntos de referencia bastantes: «la interpretación del Derecho positivo, según su sentido y objeto..., constituye los límites entre los que la discrecionalidad, en base a valoración propia, debe actuar». De este modo, el juego de lo discrecional puede limitarse sólo a algunos puntos del supuesto, conteniendo la ley al menos unas directrices jurídicas o valoraciones resultantes de otras normas que deben ser completadas a través de la valoración propia en base a la discrecionalidad, la cual, por su parte, debe buscar, no la decisión propia, sino la más justa, teniendo en cuenta la consideración del caso concreto. El sobrepase de la discrecionalidad más allá de su zona de juego (*Ermessensspielraum*), como violación de normas jurídicas o su abuso o ejercicio arbitrario, se someten por ello al control de los tribunales superiores. Vid., por todos, GERMANN: «Problematik der Ennessensentscheide», en *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, Berna, 1965, páginas 346 y sigs., esp. pág. 350; LARENZ: *Methodenlehre*, Berlín, 1960, págs. 222-229.

ra al juzgador arbitrio —prudente arbitrio— para señalar la extensión del resarcimiento, quiso, no obstante, condicionar y someter esa facultad a unas premisas de acuerdo con las cuales aquél tenía que ajustar su decisión a este punto, lo que le obliga a razonar el por qué y el cómo de la indemnización fijada» (174). Sin embargo, pese a que el vigente artículo 81, 3) L. C. T. recoge en sustancia los criterios que señalara el Decreto, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia concuerdan en sostener la plena libertad e incontrolabilidad de la decisión del órgano dentro de los límites cuantitativos previstos (175). Esto, aparte de infundado, se traduce en la práctica en convertir la citada indemnización en el «precio de salida del contrato» (*Loskaufsumme*), en el precio que ha de pagar el empleador para comprar su libertad en la relación de trabajo con el despedido (176).

34. *Apostilla*.—El sistema que ha sido objeto de nuestro estudio se aplicaba, según se ha visto, a los despidos extraordinarios en relaciones de duración determinada, cuando no existía causa que lo justificase. *El despido ordinario propio de las relaciones de duración indefinida quedaba en principio fuera del sistema* (177). Regulación tan específica establece un tratamiento del

(174) DE LA TORRE ARREDONDO: *Aspectos singulares de nuestro Derecho de Trabajo*, Barcelona, 1959, págs. 328 y sigs.

Contemplando una regulación muy similar a la nuestra (la francesa de 1890 y 1928), en la que posiblemente se inspiraron en este punto los redactores del Decreto), afirma VINCENT que «es muy interesante señalar que el texto hace intervenir en la evaluación de la indemnización elementos tales como la naturaleza de los servicios contratados, la antigüedad y la edad del trabajador, que no se toman en consideración de ordinario por los tribunales para resolver la cuestión de si el despido es justificado. Así, la antigüedad de un empleado no le da un derecho a ser mantenido más tiempo que sus camaradas en caso de compresión del personal; pero si es despedido abusivamente, este elemento se tendrá en cuenta para la apreciación del perjuicio que se le ha ocasionado por la pérdida de su empleo».

Los poderes del juez no son reglados como en materia de ruptura brusca, sino que *debe buscar cuál es la importancia real del daño sufrido por la víctima y fijar en consecuencia la indemnización*. (*La dissolutione*, cit., pág. 619.)

(175) Cfr., por todos, RIVERO LAMAS: *Indemnización*, cit., pág. 260; GARCÍA ABELLÁN: *La indemnización...*, cit., págs. 4 y sigs; MARAVALL: *El predominio de lo discrecional...*, cit., págs. 285 y sigs.

(176) Cfr. ERDEL: *Zum Abfindungssumme des § 87 B. R. G. Schl. Wes.*, 1921, página 165; DE LA TORRE ARREDONDO: *Aspectos singulares*, pág. 334.

(177) Casos que en la práctica eran infrecuentes por la previsión del Código de Trabajo de que los periodos de pago representaban la duración normal de la relación. Señala GALLART que lo que no hizo el texto literal del Decreto lo hizo su espíritu a través de la jurisprudencia al aplicar la teoría del abuso de derecho, y cita la Resolución del Ministerio de Trabajo de 3-VI-1930, según la cual el despido mediante preaviso deviene ilícito «cuando se origina en un motivo tan manifiestamente injusto que su ejer-

despido *injustificado* que en sus rasgos básicos se ha conservado en la positividad vigente: eficacia originaria del despido (límites obligacionales tan sólo al poder de despedir); no condena directa y única en caso de inexistencia de justa causa a una indemnización, sino que ésta habrá de abonarse sólo en el caso de que no se readmite al trabajador (al margen de la compleja regulación actual del llamado derecho de opción), fijación inicial de la cuantía de esa indemnización en la propia sentencia, y condena, en todo caso, a los salarios de tramitación.

El estudio histórico, aparte de facilitar un mejor conocimiento de la situación positiva vigente, puede ser índice de constatación de lo vieja e insuficiente de la protección muy limitada que nuestro ordenamiento otorga a la estabilidad en el empleo.

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

cicio constituye un evidente abuso de derecho». (*Derecho español del trabajo*, cit., páginas 80-81.) Esta evolución y su recepción en el régimen jurídico de la II República, será objeto de estudio en nuestra colaboración al Libro Homenaje al Profesor Giménez Fernández.